

# Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven

URS BERTSCHINGER\*

## I. Einführung

Die amerikanische Wertpapieraufsichtsbehörde, die Securities and Exchange Commission (SEC), betrachtet die Abschlussprüfer als «*gatekeepers*» of the financial markets.<sup>1</sup> Der Kontrolle durch die «Pförtner» kommt eine «*grundlegende Bedeutung als Element des rechtlichen Rahmens wirtschaftlicher Tätigkeit zu*».<sup>2</sup> Revisoren sind allerdings nicht nur bedeutsame Figuren unserer Volkswirtschaft, sie sind auch gebeutelt, indem sie in Unternehmenskrisen teilweise die Verantwortung für die Fehler anderer tragen: «Den Letzten beißen die Hunde»<sup>3</sup>. Wenn sich die Revisoren einen Fehler leisten, werden sie bisweilen hart bestraft. Die «Corporate Death Penalty» über eine «Big Five Audit Firm» ist uns allen noch in lebhafter Erinnerung. Diese «Todesstrafe» hat sich im Nachhinein zwar als Fehlurteil erwiesen<sup>4</sup>, aber selbst Gesellschaften lassen sich nicht einfach wieder zum Leben erwecken.<sup>5</sup>

Zurzeit ist eine grundlegende Neuordnung des Revisionsrechts im Gange, national und international. Auf der Grundlage der aktuellen Rechtsentwicklungen in der Schweiz – Neuordnung der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht

\* Rechtsanwalt in Zürich, a. o. Professor an der Universität St. Gallen. – Der vorliegende Beitrag entspricht im Wesentlichen dem Diskussionspapier des Autors für den Europäischen Juristentag vom 7. bis 9. September 2005 in Genf. Stand der Bearbeitung: Ende Oktober 2005.

1 Financial Times, 5./6. März 2005, S. 8.

2 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl Nr. 28, 20. Juli 2004, S. 3976.

3 PETER FORSTMOSER, Den Letzten beißen die Hunde, in: Jürg-Beat Ackermann u. a. (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, S. 483 ff.

4 Vgl. Financial Times, Andersen conviction overturned, 1. Juni 2005, S. 15.

5 Nun soll nach amerikanischem Verständnis vermehrt die «deferred prosecution» zur Anwendung gelangen, womit delinquenten Unternehmen eine zweite Chance eingeräumt wird (vgl. Neue Zürcher Zeitung, KPMG muss als vierte grosse Revisionsfirma bestehen bleiben, 24. August 2005, S. 28).

und Schaffung eines Revisionsaufsichtsgesetzes<sup>6</sup> – soll im Folgenden unter Einbezug internationaler Perspektiven eine Standortbestimmung der Verantwortlichkeit der Revisoren erfolgen (III. und IV.). Dabei geht es im Wesentlichen um die neuen Fragen, welche sich aufgrund der erwähnten Rechtsentwicklungen im Rahmen des einstweilen unveränderten Verantwortlichkeitsrechts ergeben. In einem weiteren Teil wird auf die zukünftige Entwicklung der Revisionshaftung (Art. 755 OR)<sup>7</sup> eingegangen, wobei Möglichkeiten und Grenzen vernünftiger Anpassungen auszuloten sind, um den Leidensdruck der Revisoren in ihrer unsäglichen Rolle als Lückenbüsser in Verantwortlichkeitsfällen zu mildern (V.). Da dieser letztere Aspekt demnächst auch den Schweizer Gesetzgeber beschäftigen dürfte, können wir von ausländischen Beispielen aufgrund kritischen Diskurses – ganz im Sinne des europäischen Juristentages – nur profitieren. In diesem Zusammenhang sei sogleich auf die terminologischen Eigenheiten unseres Landes hingewiesen: Nachdem der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) vom Juni 1998 noch die europäischen Begriffe «Abschlussprüfer» und «Abschlussprüfung» verwendet hatte, bleibt das Doppelprojekt zur Neuordnung der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht und zur Schaffung eines Revisionsaufsichtsgesetzes<sup>8</sup> der traditionellen schweizerischen Terminologie verhaftet: «Revisor»: «Revision» und «Revisionsdienstleistung». Die wesentlichen Entwicklungen des Revisionsrechts sind allerdings international geprägt.

## II. Das rechtliche Umfeld der Wirtschaftsprüfung

### 1. Intensivierung der Corporate Governance Diskussion

Corporate Governance ist keine neue Erscheinung, aber eine zumindest in der Schweiz noch immer eher junge Diskussion. Seit eh und je gab es in der Schweizer Aktiengesellschaft die Gewaltenteilung, welche die Generalversammlung als formell «oberstes» Gesellschaftsorgan und mithin als «Legislative» etabliert.<sup>9</sup> Ihr obliegen die grundlegenden Personalentscheide – Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle – sowie die Entscheide über die Eigenkapitalfinanzierung, die Abnahme der Jahresrechnung und die Gewinnverwendung.<sup>10</sup> Der Verwaltungsrat ist das «Exekutivorgan». Zusammen mit der Geschäftsleitung bildet er in der Regel das eigentliche Machtzentrum der

Gesellschaft. Diese Macht soll Begrenzung finden durch die Revisionsstelle, die als «Treuhänderin» der Aktionäre wirkt<sup>11</sup> und quasi als «Judikative» über die Rechtmässigkeit der Rechenschaftsablage (Rechnungslegung) an die Aktionäre entscheiden muss (Art. 728 Abs. 1 OR). Es stellt eine spürbare Stärkung der Revisionsstellen dar, dass sie sich in jüngerer Zeit über die Audit Committees der Verwaltungsräte besser Gehör verschaffen können.

Im Nachgang zu einigen Unternehmenskrisen hat die Kontrollfunktion der Revisoren stärkere Betonung erfahren. Es wird die Revisoren deshalb alsbald auch in der Schweiz eine regulatorische Welle erfassen. Damit sollen verschiedene Schwachstellen ausgemerzt werden. Einerseits sind die fachlichen Anforderungen an die Revisoren in Art. 727a OR zu vage umschrieben, was dem faktischen Andauern der «Laienrevision» in der Praxis Vorschub leistet. Die generalklauselartige Umschreibung der Prüfungsaufgabe begünstigt den sog. «Expectation Gap» seitens der Prüfungsadressaten. Auch die Anforderungen an die Unabhängigkeit gelten als ungenügend; Art. 727c OR erwähnt lediglich einzelne Fälle, ohne den Grundsatz der Unabhängigkeit zu stipulieren. Zudem werden Fragen zur Wirksamkeit der Selbstregulierung gestellt. Dabei wird der Selbstregulator – die Treuhand-Kammer – teilweise von der zentralen Vorgabe an die Branche – der «independence in appearance» – eingeholt: die Überwachung durch den Selbstregulator mag einwandfrei sein und trotzdem kann sich seitens der Marktteilnehmer das Gefühl einstellen, es gehe nicht alles mit rechten Dingen zu. Das ist ein Malus, mit dem jede Selbstregulierung zu kämpfen hat. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die Selbstregulierung als solche in Frage gestellt wird. Allerdings darf man nicht vergessen, dass die Revisoren mangels spezifischer Vorgaben des Gesetzgebers geradezu gezwungen waren, sich selbst Standards zu setzen. Die Treuhand-Kammer war bislang denn auch nicht nur ein sanfter Begleiter der Revisoren, hat sie sich doch um die Setzung hoher Standards für die Abschlussprüfung bemüht, und unter dem Gesichtspunkt der Haftung sind die Grundsätze zur Abschlussprüfung (GzA)<sup>12</sup> teilweise sogar zu absolut formuliert.<sup>13</sup> Die GzA werden bei Abschlussprüfungen volkswirtschaftlich bedeutsamer Gesellschaften für Berichtsperioden, die am oder nach dem 1. Januar 2005 beginnen, von den sog. Schweizer Prüfungsstandards (PS)<sup>14</sup> abgelöst.<sup>15</sup>

6 Derzeit läuft zwischen National- und Ständerat das Differenzbereinigungsverfahren.

7 Inwiefern das Nachstehende auch für Art. 108 Abs. 2 FusG zutrifft, wäre separat zu untersuchen.

8 Vgl. FN 2.

9 Art. 698 Abs. 1 OR.

10 Art. 698 Abs. 2 OR.

11 Vgl. BOTSCHAFT (FN 2), S. 3975: «Die gesetzliche Revisionsstelle ersetzt daher funktional das den Eigenkapitalgeberinnen und Eigenkapitalgebern nicht bzw. nur unter erschwerten Bedingungen zustehende Einsichts- und Kontrollrecht in finanziellen Belangen.»

12 Aktuelle Ausgabe 2001.

13 Vgl. etwa die Kritik von URS BERTSCHINGER, Neue Entwicklungen in der Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle, SZW 1999, S. 83 f.

14 Ausgabe 2004.

15 Vgl. Treuhand-Kammer, Ziff. 2.3 Richtlinie zur Abschlussprüfung Nr. 5 (RZA 5): Übergang von den Grundsätzen zur Abschlussprüfung (GzA) zu den Schweizer Prüfungsstandards (PS).

Und schliesslich hat der internationale Druck seitens der USA und der Europäischen Union der Regulierungsdiskussion um die Revisionsstellen erheblichen Schwung verliehen.

## 2. Kontrolle der Kontrolleure bzw. Revisionsaufsicht

Das Fehlen einer gesellschaftsexternen Qualitätssicherung hat die Glaubwürdigkeit der Abschlussprüfung bisweilen etwas in Zweifel gezogen. Die Amerikaner haben mit dem «Sarbanes Oxley Act» auch bezüglich der Abschlussprüfung einen mutigen Wurf getan. Es wurde das *Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)*<sup>16</sup> ins Leben gerufen. Das Board beaufsichtigt jede Revisionsstelle, welche die Rechnung oder Teilrechnung einer in den USA kotierten Gesellschaft prüft. Der Sitzort der zu prüfenden Gesellschaft ist irrelevant; es werden also Schweizer Gesellschaften mit einer Zweitkotierung in der USA ebenso erfasst wie Schweizer Tochtergesellschaften von in den USA kotierten Gesellschaften. Das Aufsichtsinstrumentarium des Board, welches Inspektionen und Akteneinsicht bei den Revisionsstellen umfasst, tangiert *schweizerische Geheimhaltungsinteressen*. Vor diesem Hintergrund ist ein eigenes Aufsichtssystem zu schaffen, welches von den Amerikanern anerkannt wird. Eine analoge Problematik stellt sich gegenüber der Europäischen Union, wo ein Vorschlag für eine Abschlussprüfer-Richtlinie vorliegt, welche kurz vor der Vollendung steht.<sup>17</sup> Mit der Schaffung eines schweizerischen Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) zeichnet sich im Finanzmarktrecht eine markante Rechtsentwicklung ab.

Bei der Behandlung des Revisionsaufsichtsgesetzes durch den Ständerat im Juni 2005 beklagte der Berichterstatter, dass sich am RAG-Entwurf beispielhaft ablesen lasse, wie die Globalisierung das traditionelle, auf den Nationalstaat zugeschnittene Verfahren der Rechtsproduktion aus den Angeln hebe. Hier werde neues Recht nicht im politischen Diskurs entwickelt, sondern durch die normative Kraft des Faktischen.<sup>18</sup> Auch der Vorsteher des

16 Vgl. [www.pcaobus.org](http://www.pcaobus.org).

17 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, 16. März 2004, KOM (2004) 177 endgültig. Die EU-Finanzminister haben sich im Dezember 2004 über diesen Richtlinienentwurf verständigt (Neue Zürcher Zeitung, 8. Dezember 2004, S. 21); siehe auch die konsolidierte Fassung der Prüferrichtlinie vom 1. Dezember 2004. Zwischenzeitlich sind Diskussionen entbrannt über das Erfordernis eines Audit Committee für kotierte Gesellschaften (vgl. Financial Times, Protests force EU audit plan rethink, 16. Juni 2005, S. 1). Im September 2005 hat das Europäische Parlament zugestimmt, sodass die definitive Verabschiedung der Richtlinie nun unmittelbar bevorsteht.

18 HANSHEIRI INDERKUM, Amtliches Bulletin Ständerat, 15. Juni 2005.

Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes hat in beiden beratenden Kammern auf die äusseren Zwänge hingewiesen und die Nationalräte wissen lassen: *«Ich glaube, wir hätten in unserem Land wahrscheinlich keine solche Aufsicht eingeführt. Ich würde es nicht tun, und ich finde es auch nicht gut»*<sup>19</sup>. In seinem Willkommensgruss an diesen Juristentag 2005 liest man dann vom «offene(n) Blick für die internationalen Zusammenhänge», womit wir uns in der typischen schweizerischen Perspektive wieder finden, derjenigen einer kleinen und damit zwangsläufig offenen Volkswirtschaft. In dieser Position bleibt bisweilen nur die Faust im Sack. Dazu besteht in diesem Zusammenhang allerdings kein Anlass, denn die Glaubwürdigkeit der Prüfer bzw. der «gatekeepers of the financial markets»<sup>20</sup> dürfte einen erheblichen Einfluss auf das Vertrauen der Anleger haben<sup>21</sup>, sodass sich leicht einmal Absenzen ausländischer Anleger am Schweizer Wertschriftenmarkt einstellen könnten, falls wir nicht mit den internationalen Standards mithalten. Aber selbstverständlich sind Aufwand und Ertrag der Revisionsaufsicht im Auge zu behalten.

## III. Aspekte der vertraglichen Haftung

Mit dem Revisionsaufsichtsgesetz machen die Revisoren den Schritt von der Selbstregulierung in die aufsichtsrechtliche Überwachung. Fortan werden sie einem Zulassungssystem unterliegen. Dies hat auch Auswirkungen auf ihre vertraglichen Leistungen, die nicht im Zusammenhang mit ihren zwingenden gesellschaftsrechtlichen Aufgaben<sup>22</sup> stehen. Man denke zum Beispiel an die Comfort Letters oder an Bewertungsgutachten. In diesem Tätigkeitsbereich besteht gemäss Art. 100 Abs. 1 OR die Möglichkeit zur Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit, und es kann die Haftung für Hilfspersonen gar gänzlich ausgeschlossen werden (Art. 101 Abs. 2 OR), wobei letzteres in der Praxis kaum vorkommen dürfte. Soweit die «Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt», kann der Richter die Freizeichnung nach seinem Ermessen für nichtig erklären (Art. 100 Abs. 2 OR), und es lässt sich die Haftung für Hilfspersonen lediglich für leichtes Verschulden wegbedingen.<sup>23</sup> Das Bundesgericht hat längst entschieden, dass eine Bank im Sinne der erwähnten Bestimmungen als obrigkeitlich konzessi-

19 Bundesrat CHRISTOPH BLOCHER, Amtliches Bulletin Nationalrat, 2. März 2005.

20 Dazu schon bei FN 1.

21 Vgl. auch GIORGIO BEHR, Revisionsaufsicht, in: Robert Waldburger u. a. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 10.

22 Dazu unten IV.

23 Art. 101 Abs. 3 OR.

oniert gilt<sup>24</sup>, obwohl ihre Bewilligung von Rechts wegen als blosser Polizeibewilligung und nicht als «Konzession» aufzufassen ist. Bei der Zulassung der Revisoren gemäss Revisionsaufsichtsgesetz verhält es sich nicht anders. Da die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bei Dienstleistungen, welche nicht die Abschlussprüfung betreffen, erfahrungsgemäss Freizeichnungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen, ist nach der praktischen Relevanz der vorstehend dargelegten Rechtsentwicklung zu fragen.

Im Hinblick auf die Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR ist zu bedenken, dass es im Ermessen des Richters liegt, der Freizeichnung die Wirkung zu versagen (Art. 4 ZGB). Im Bankbereich betrifft der Leitentscheid, in dem die Haftungsbeschränkung der richterlichen Überprüfung nicht standgehalten hat, einen Retail-Kunden, wobei das Bundesgericht das Interesse der Bank an der Beschränkung gewisser Geschäftsrisiken dem Schutz des Kunden vor vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die praktisch nicht verhandelbar sind, untergeordnet hat.<sup>25</sup> Die Revisoren erbringen ihre Dienstleistungen, welche nicht ohnehin der umfassenden gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 755 OR unterliegen, hingegen in der Regel an professionelle Parteien. Dies dürfte bei der richterlichen Ermessensbetätigung unter Art. 4 ZGB grundsätzlich den Ausschlag zu Gunsten der Aufrechterhaltung von Haftungsbeschränkungen geben, denn ein richterlicher Eingriff in die vertraglichen Vereinbarungen unter professionellen Parteien erschiene nachgerade als «unbillig». Die Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit durch Wirtschaftsprüfer bei Nichtprüfungsdienstleistungen sowie bei Prüfungsleistungen ausserhalb des gesetzlichen Prüfungsauftrages muss deshalb grundsätzlich auch in Zukunft Bestand haben.

#### IV. Aspekte der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit

##### 1. Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit des Revisors stellt eine Kardinalvoraussetzung einer qualitativ einwandfreien und glaubwürdigen Abschlussprüfung dar. Entsprechend wird sie hier vorab behandelt. In der Schweiz hat man zu Interessenkonflikten traditionellerweise ein eher entspanntes Verhältnis. Ob sich dies mit der Kleinräumigkeit unseres Landes und der damit zwangsläufig einhergehenden Ämterkumulation der «klugen» Köpfe erklären lässt, bleibe hier dahingestellt. Dieses Verständnis findet auch Ausdruck in der geltenden Regelung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle. Art. 727c OR stipuliert nicht einmal den Grundsatz – die Revisionsstelle wahrt ihre Unabhängigkeit – son-

dern enthält lediglich eine karge Kasuistik: Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und vom Mehrheitsaktionär unabhängig sein. Insbesondere dürfen sie weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein noch Arbeiten für diese ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind. Seit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes findet sich in Art. 727c Abs. 1 OR auch der Satz: sie dürfen keine besonderen Vorteile annehmen.<sup>26</sup> Weder impliziert die geltende aktienrechtliche Regelung, dass die Revisionsstelle von jeglichen (qualifizierten) Aktionären – und nicht nur vom Mehrheitsaktionär – unabhängig sein muss, noch verlangt sie, dass die Revisoren selbst nicht Aktionäre sind. Letzteres ergibt sich indirekt aus Art. 695 Abs. 2 OR, wonach sich der Stimmrechtsausschluss bei Entlastungsbeschlüssen nicht auf die Mitglieder der Revisionsstelle bezieht, eine Bestimmung, die nun im Zuge der Neuordnung des Rechts der Revisionsstelle gestrichen wird.<sup>27</sup> Das neue Recht erklärt die direkte oder bedeutende indirekte Beteiligung am Aktienkapital von Prüfungskunden als mit der Unabhängigkeit unvereinbar.<sup>28</sup>

Präzisierungen zur Unabhängigkeit haben sich im Rahmen der *Selbstregulierung der Treuhand-Kammer* ergeben, deren Unabhängigkeitsrichtlinien (2001) einen Standard regeln, welcher in weiten Teilen der nun bevorstehenden Neuordnung entspricht.<sup>29</sup> Im Zuge der Neuordnung der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht und der Schaffung eines Revisionsaufsichtsgesetzes wird also der Gehalt der Selbstregulierung ins Gesetz überführt, und es kommt zu gewissen Verschärfungen.

Auch die Rechtsprechung hat Beiträge zur Konkretisierung der Unabhängigkeit der Revisoren geleistet.<sup>30</sup> Aus der jüngeren Vergangenheit ist BGE 131 III 43 ff. beachtlich. Art. 727c Abs. 1 OR untersagt dem Revisor unter anderem, für die zu prüfende Gesellschaft Arbeiten auszuführen, die mit dem Mandat unvereinbar sind. Das Bundesgericht erklärt in casu, dass die Führung der Buchhaltung einen Unvereinbarkeitstatbestand darstellt. Die geltenden Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer (2001) erachten «in Ausnahmefällen, zum Beispiel bei kleinen Verhältnissen», die Führung der Buchhaltung durch den Revisor unter Auflagen nach wie vor als zulässig.<sup>31</sup> Im

26 Was das zu bedeuten hat, ergibt sich aus den Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer (Ausgabe 2001) Grundsatz 1, unter Ziff. 1.2: Der Abschlussprüfer bezieht von einem Prüfungskunden keine Sach- oder Dienstleistungen, welche unter den marktüblichen Konditionen liegen. Der Abschlussprüfer verzichtet auf Geschenke oder andere Zuwendungen von Prüfungskunden, soweit diese nicht materiell unerheblich sind.

27 BORSCHAFF (FN 2), S. 4126.

28 Art. 728 Abs. 2 Ziff. 2 E-OR.

29 Die Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer werden derzeit überarbeitet und dürften 2006 in neuer Form vorliegen.

30 Vgl. etwa BGE 123 III 31 ff.

31 Ziff. 3.3 der Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer (2001).

24 BGE 112 II 450 ff. (455); SemJud 2001 I, S. 584; siehe schon BGE 109 II 116 ff. (119 f.).

25 BGE 112 II 455 f.

vorliegenden Fall war allerdings eine besondere Befähigung des Revisors erforderlich (Art. 727b OR), sodass nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, das Bundesgericht erachte jegliche Ausnahme vom Grundsatz der Funktionentrennung bei Buchhaltung und Abschlussprüfung als problematisch. Unter neuem Recht ist bei der eingeschränkten Prüfung die Mitwirkung bei der Buchführung denn auch zulässig, sofern durch organisatorische und personelle Massnahmen die mit der Überprüfung eigener Arbeiten verbundenen Risiken ausgeschlossen werden können.<sup>32</sup> Gemäss Bundesgericht ist auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit, die den Revisor in seiner Entscheidungsfreiheit wesentlich einschränkt, unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit zu vermeiden. Dabei nimmt das Bundesgericht Bezug auf die Regelung in den Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer, wonach der Honoraranteil eines Prüfungskunden gemessen an den gesamten Honorareinnahmen des Abschlussprüfers nicht mehr als zehn Prozent ausmachen darf.<sup>33</sup> Das Bundesgericht ist allerdings gegen strenge Wertgrenzen und hält fest:<sup>34</sup> *«eine unzulässige wirtschaftliche Abhängigkeit (lässt) sich nicht derart mit einem ziffernmässig festgelegten Anteil der Honorareinnahmen verknüpfen, dass bei einem Wert, der geringfügig unterhalb der Limite liegt, die Unabhängigkeit per se gegeben und bei einem Wert geringfügig darüber per se eine Abhängigkeit anzunehmen wäre. . . . Vielmehr (sei) von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Höhe des Anteils der aus einem Revisionsmandat fliessenden Honorare die Unabhängigkeit der Revisionsstelle beeinträchtigt»*. Dabei verweist das Bundesgericht auch auf Art. 36 Abs. 4 der Bankenverordnung<sup>35</sup>, wonach zwar ebenfalls die Schwelle von 10 Prozent gilt, die Eidgenössische Bankkommission aber Ausnahmen bewilligen kann. Da der Verweis auf die Regelung im Bankenrecht mangels ersichtlichen Bezuges der beklagten Gesellschaft zum Finanzsektor in casu als aus der Luft gegriffen erscheint, erachtet das Bundesgericht eine gewisse Flexibilität offenbar geradezu als immanenten Vorbehalt starrer Wertgrenzen, welche die wirtschaftliche Abhängigkeit der Revisionsstelle von ihrem Kunden verhindern sollen. Es wird sich weisen müssen, ob es diese Flexibilität bei der Unabhängigkeit auch unter dem Übertretungstatbestand des Revisionsaufsichtsgesetzes geben kann.<sup>36</sup> Da das Bundesgericht im erwähnten Entscheid durchaus zwischen dem in

casu relevanten «soft law» und einer gesetzlichen Grundlage unterscheidet, lässt sich nicht ausschliessen, dass unter neuem Recht ein härterer Kurs gelten wird. Unter dem Gesichtspunkt der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit ist dies indessen nicht entscheidend, wie noch zu zeigen sein wird.<sup>37</sup>

Mit der Neuordnung des Rechts der Revisionsstelle erfolgt bei der Unabhängigkeit ein wuchtiger gesetzgeberischer Schub. In erster Linie kommt der Grundsatz ins Gesetz: *Die Revisionsstelle muss unabhängig sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv bilden. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein.*<sup>38</sup> Eine Revisionsstelle muss also der «*independence in fact*» und der «*independence in appearance*» genügen.<sup>39</sup> Die Perzeption des Dritten hat sich in dieser Diskussion viel Raum verschafft, was auch in den Materialien Ausdruck findet: «Die Revision eines einwandfreien Abschlusses durch eine subjektiv unvoreingenommene Revisionsstelle ist für Dritte wertlos, wenn nach aussen hin die Glaubwürdigkeit der Revision durch Umstände beeinträchtigt wird, die den Anschein einer mangelnden Unabhängigkeit der Revisionsstelle begründen»<sup>40</sup>. Für die Beurteilung des äusseren Anscheins fehlender Unabhängigkeit ist auf die Würdigung der Umstände durch eine *durchschnittliche Betrachterin auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung* abzustellen.<sup>41</sup>

Das neue Recht stipuliert nicht nur den Grundsatz der Unabhängigkeit, es erfährt bei der *ordentlichen Revision* auch die gesetzliche Kasuistik eine erhebliche Ausweitung. Abgesehen von den bereits durch Art. 727c OR verpönten Tatbeständen wird etwa das Kernrisiko der Prüfung eigener Arbeit durch die Revisionsstelle angesprochen. Als problematisch werden auch wesentliche Schulden und Forderungen der Revisionsstelle gegenüber der Prüfungskundin erachtet, wobei etwa an ausstehende Revisionshonorare zu denken ist.<sup>42</sup> Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit gelten für alle an der Revision beteiligten Personen. Ist die Revisionsstelle eine Personengesellschaft oder eine juristische Person, so unterliegen auch die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und andere Personen mit Entscheidungsfunktion<sup>43</sup> den Unabhängigkeitsbestimmungen. Nach der neuen Vorschrift des Gesetzes ist die Unabhängigkeit nicht gegeben, wenn Personen, die der Revisionsstelle, deren Arbeitnehmern oder dem Verwaltungsrat nahe stehen, die Unabhängigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllen. Für Betei-

32 Art. 729 Abs. 2 E-OR.

33 Ziff. 4.2 der Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer (2001).

34 BGE 131 III 44.

35 BankV, SR 952.02.

36 Art. 41 Abs. 1 lit. a E-RAG i. V. m. Art. 11 lit. a E-RAG, welcher die Schwelle von zehn Prozent für die Gesamthonorare pro Kunde für die Revision von Publikumsgesellschaften festlegt; dazu URS BERTSCHINGER, Anlegerschutz im Recht der Aktiengesellschaft – eine finanzmarktrechtliche Perspektive, in: Robert Waldburger u. a. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 477 f.

37 Dazu unten, letzter Abschnitt unter IV.1.

38 Art. 728 Abs. 1 E-OR.

39 BGE 123 III 32 f.

40 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4018.

41 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4018.

42 Vgl. Art. 728 Abs. 2 E-OR.

43 Art. 728 Abs. 3 E-OR.

lungen an der zu prüfenden Gesellschaft bedeutet dies, dass die Anlagestrategie der Kinder des leitenden Revisors zu einer Gefahr für die Unabhängigkeit der Revisionsstelle werden kann. Dabei ist einstweilen unklar, ob eine Beteiligung der Kinder des leitenden Revisors als direkte oder indirekte Beteiligung im Sinne des Gesetzes gelten wird, was deshalb von praktischer Bedeutung ist, weil bei den indirekten Beteiligungen nur «bedeutende» Quoten relevant sind. Dieses Beispiel entbehrt nicht einer gewissen Brisanz, wenn man bedenkt, dass die Einhaltung der aktienrechtlichen Unabhängigkeitsbestimmungen zum *verwaltungsrechtlichen Übertretungstatbestand* wird, der selbst bei Fahrlässigkeit greifen soll.<sup>44</sup> Ob damit für die Zivilkläger ein weiteres Druckmittel geschaffen wurde, wird sich noch weisen müssen.

Bei der *eingeschränkten Revision (Review)* gilt für die Unabhängigkeit der gleiche Grundsatz wie bei der ordentlichen Revision<sup>45</sup>, doch enthält das Gesetz keine Kasuistik.<sup>46</sup> Die Mitwirkung bei der Buchführung und das Erbringen anderer Dienstleistungen für die zu prüfende Gesellschaft sollen zulässig sein. Um das Risiko der Prüfung eigener Arbeiten auszuschliessen, muss durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen eine verlässliche Prüfung sichergestellt werden.<sup>47</sup> Ein derartiges Vorgehen, welches insbesondere die Etablierung von «Chinese Walls» in der Prüfungsgesellschaft ermöglicht, ist bei der ordentlichen Revision ausgeschlossen.<sup>48</sup> Es sollen für kleinere Gesellschaften<sup>49</sup> Erleichterungen geschaffen werden. Damit etabliert sich die *Unabhängigkeit als relativer Parameter der Qualität der Abschlussprüfung*. Zu Recht wurde hier ein pragmatischer Weg gewählt, wenngleich die relative Betrachtung hinsichtlich der Interessen von Gläubigern grosser und kleiner Gesellschaften rein theoretisch eine Differenzierung ausschliesst, da sich der Ausfall der schuldnerischen Gesellschaft relativ gesehen für beide Gläubigerkategorien gleichermassen fatal auswirken kann.

Mit Blick auf die *Verantwortlichkeit* der Revisionsstelle (Art. 755 OR) ist festzuhalten, dass mangelnde Unabhängigkeit nur im Rahmen der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen eine Verantwortlichkeit auslösen kann. Es bedarf

44 Art. 41 E-RAG sieht für den vorsätzlichen Verstoß Busse bis zu CHF 100 000.– und bei Fahrlässigkeit Busse bis CHF 50 000.– vor.

45 Vgl. bei FN 38.

46 Art. 729 E-OR.

47 Art. 729 Abs. 2 E-OR.

48 Vgl. Art. 728 Abs. 6 E-OR, wonach die Bestimmungen über die Unabhängigkeit auch Gesellschaften erfassen, die mit der Revisionsstelle unter einheitlicher Leitung stehen. Gelten die Unabhängigkeitsvorschriften schon innerhalb des Konzerns, so muss dies umso mehr für die ungeteilte Revisionsgesellschaft gelten.

49 Vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 E-OR, dessen Schwellenwerte im Zuge der parlamentarischen Beratungen teilweise noch etwas erhöht wurden: Bilanzsumme von CHF 10 Mio. (statt CHF 6 Mio.) sowie Umsatzerlös von CHF 20 Mio. (statt CHF 12 Mio.).

seitens des Klägers also insbesondere eines konkreten Schadensnachweises, und es muss zwischen der Verletzung der Unabhängigkeit und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Fehlende Unabhängigkeit führt gemäss WATTER zu «einer Art Beweislastumkehr», indem die abhängige Revisionsstelle, welche einen Fehler in der Jahresrechnung übersehen hat, darlegen müsse, dass auch eine unabhängige Prüferin diesen Fehler bei Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht entdeckt hätte.<sup>50</sup> Diese Beweisführung über die Auswirkungen rechtmässigen Alternativverhaltens bzw. über das Ergebnis bei hypothetischer Erfüllung der Unabhängigkeitsbestimmungen ist nicht bloss eine theoretische Argumentationslinie, wie die Gerichtspraxis zeigt.<sup>51</sup> Dies kann selbstverständlich nicht bedeuten, dass man dem Kläger den Beweis des adäquaten Kausalzusammenhanges erlässt. Der Verletzung einer Unabhängigkeitsvorschrift kommt keine «haftungsakzelerierende» Bedeutung zu. Vielmehr ist die Revisionsstelle nach dem Gesagten zum Entlastungsbeweis zuzulassen, wenn der Kläger infolge Verletzung einer Unabhängigkeitsvorschrift einen vorerst plausiblen Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden dargelegt hat. Insofern wird der speziellen Natur mangelnder Unabhängigkeit als Pflichtwidrigkeit Rechnung getragen, da die fehlende Unabhängigkeit per se kaum je eine relevante Schadensursache darstellen dürfte. Die Verletzung der Unabhängigkeit erscheint damit als eine Pflichtwidrigkeit minderen Grades. Die Unabhängigkeit ist ein «heisses» Eisen, soweit die Voraussetzungen einer ordnungsgemässen Abschlussprüfung betroffen sind, wird aber verantwortlichkeitsrechtlich nicht gleichermassen «heiss gegessen».

## 2. Prüfungsauftrag

### a) Prüfung des internen Kontrollsystems

Bekanntlich gehört es zu einer sorgfältigen Prüfungsplanung, dass der Wirtschaftsprüfer das interne Kontrollsystem (IKS) der Gesellschaft einer kritischen Beurteilung unterzieht. Damit soll festgestellt werden, ob sich die Gesellschaft wirksam selber kontrolliert, und es werden die Prüfungsressourcen in der Folge insbesondere dort eingesetzt, wo das unternehmensinterne Kontrollsystem Schwachstellen aufweist. Zeigen sich solche Schwachstellen, kann sich die Prüfung für die Gesellschaft erheblich verteuern, da zusätzliche Prüfungsressourcen für vermehrte Detailprüfungen bereitzustellen sind. Ob

50 ROLF WATTER, Basler Kommentar, Art. 727c OR, N 19.

51 Vgl. BGE 4C.53/2003 vom 25. Juni 2003, wenn auch betreffend einen unterlassenen Vorbehalt im Testat des Abschlussprüfers.

ein ungenügendes IKS das Fundament für eine Geschäftsführungshaftung bildet, wobei die zusätzlichen Prüfungskosten bei den geschäftsführenden Organpersonen als indirekter Aktionärsschaden auf Leistung an die Gesellschaft eingeklagt würden, lässt sich nur anhand der konkreten Umstände beurteilen.<sup>52</sup>

Im geltenden Aktienrecht findet sich im Abschnitt über die Revisionsstelle kein expliziter Bezug zum unternehmensinternen Kontrollsystem. Mit dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (VE-RRG) wurden erstmals gesetzliche Regelungen vorgeschlagen. Gleich an mehreren Stellen ist im VE-RRG im Pflichtenkreis des Abschlussprüfers von der Unternehmensorganisation die Rede. So bezog sich die Anzeigepflicht der Revisionsstelle<sup>53</sup> nach diesem Gesetzesprojekt auf Gesetzesverstösse und Verstösse gegen die «interne Ordnung der Organisation».<sup>54</sup> Und der Erläuterungsbericht zuhanden der Geschäftsführungsorgane hätte von Gesetzes wegen das interne Kontrollsystem erfasst.<sup>55</sup> Bereits mit dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision wurden also 1998 Vorschläge unterbreitet, wonach der Bezug des Wirtschaftsprüfers zum internen Kontrollsystem der zu prüfenden Gesellschaft aufgewertet werden sollte.

Mit der Neuordnung der Revisionspflicht tritt die IKS-Kontrolle von Gesetzes wegen stärker in den Vordergrund. Man geht hier also einen Schritt weiter. Nach dem Vorschlag des Bundesrates sollte der Prüfungsauftrag bei der ordentlichen Revision auch umfassen, ob «ein funktionierendes internes Kontrollsystem existiert» (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 E-OR).<sup>56</sup> Hier zeichnete sich zunächst eine «lex americana» ab, indem Assoziationen zur Section 404 des Sarbanes Oxley Act heraufbeschworen wurden, welche einen «Management's Report on Internal Control over Financial Reporting» und einen «Auditors' Attestation Report» verlangt.<sup>57</sup> Der Bundesrat hat sich zwar um Abschwächung bemüht: «Die Prüfung des internen Kontrollsystems stellt an sich keine neue Prüfungsaufgabe der Revisionsstelle dar; der Entwurf erwähnt diesen Prüfungsaspekt allerdings im Gegensatz zum geltenden Recht ausdrücklich».<sup>58</sup> Es sollte also nichts weiter als die branchenübliche Systemprü-

fung einen gesetzlichen Niederschlag finden. Die Ausführungen in der Botschaft stellten auch klar, dass die IKS-Kontrolle auf den Bereich der Rechnungslegung beschränkt sein sollte. In erster Linie wird auf die Pflicht des Verwaltungsrates zur Schaffung interner Kontrollmechanismen verwiesen, um das Rechnungswesen der Gesellschaft so auszugestalten, dass die Grundsätze der ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung eingehalten werden. Für die Revisionsstelle bliebe zu prüfen, «ob der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung einer ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung getroffen hat und ob diese Massnahmen eingehalten werden. Stellt sie fest, dass das IKS Mängel aufweist, so kompensiert sie diese durch eigene Prüfungshandlungen».<sup>59</sup> Welches gewaltige Ausmass diese Prüfungshandlungen annehmen können, lässt sich an der signifikanten Steigerung der Prüfungskosten bei Gesellschaften ablesen, welche dem Sarbanes Oxley Act unterworfen sind.<sup>60</sup>

Im Nationalrat wurde im März 2005 zurückbuchstabiert, indem sich der Prüfungsauftrag nur noch darauf beziehen soll, ob «ein internes Kontrollsystem existiert».<sup>61</sup> Die Revisionsstelle muss folglich nicht mehr prüfen, ob ein «funktionierendes» IKS vorliegt. Es wurde aber Art. 728a Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR etabliert: Die Revisionsstelle berücksichtigt bei der Durchführung und der Festlegung des Umfangs der Prüfung das interne Kontrollsystem. Gleichzeitig blieb es bei Art. 728a Abs. 2 E-OR, wonach die Geschäftsführung des Verwaltungsrates nicht Gegenstand der Prüfung bildet. Damit stellt das IKS ein rein «quantitativer» und nicht etwa ein «qualitativer» Prüfungsgegenstand dar. Es besteht daher kein Anlass, über eine Kostenexplosion der Prüfung bei Schweizer Gesellschaften zu orakeln, wie sie in den USA auf der Grundlage von Section 404 des Sarbanes Oxley Act Tatsache geworden ist. Auch dort gibt es allerdings Stimmen, welche mit Blick auf die derzeitigen Zustände darauf hinweisen, dass dies nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprach. Und mittlerweile ist klar geworden, dass der Sarbanes Oxley Act das Verhältnis zwischen Prüfern und ihren Kunden erheblich belastet, was die Qualität der Abschlussprüfung gefährden kann, indem sich Störpotentiale in der Kommunikation zwischen Gesellschaft und Kontrolleur ergeben, wie die Ergebnisse einer amerikanischen Umfrage zeigen, in der sich Prüfungskunden über ihre «Auditors» äussern, etwa: «The relationship is much less client-service oriented and collaborative. Consultations with our external auditors are much more formal and less frequent».<sup>62</sup>

52 Art. 756 Abs. 1 OR. Dabei wären die mit dem mangelhaften IKS eingesparten Kosten schadensmindernd zu berücksichtigen.

53 Vgl. zum geltenden Recht Art. 729b Abs. 1 OR.

54 Art. 56 Abs. 1 VE-RRG.

55 Art. 55 VE-RRG.

56 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4120.

57 Vgl. U. S. Securities and Exchange Commission, Final Rule: Management's Report on Internal Control over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports, 2003.

58 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4023.

59 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4023.

60 Dazu THOMAS E. HARTMAN, Foley & Lardner LLP, The Cost of Being Public in the era of Sarbanes-Oxley, 16. Juni 2005.

61 Amtliches Bulletin Nationalrat, 2. März 2005.

62 Bei HARTMAN (FN 60), S. 2.

Es kann uns sicherlich nichts daran liegen, den amerikanischen Weg zu gehen. Nach dem gegenwärtigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens ist das interne Kontrollsystem jedenfalls nicht materieller, sondern lediglich formeller Prüfungsgegenstand. Wir schaffen mit der Pflicht zur IKS-Kontrolle durch die Revisionsstelle eine blossige Ja/Nein-Bestimmung, will heissen, besteht ein IKS oder besteht es nicht? Offenbar hat es Versuche gegeben, die Bestimmung zur IKS-Kontrolle seitens der Revisionsstelle wieder gänzlich aus dem Gesetz zu kippen, was insbesondere mit Blick auf Art. 728a Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR<sup>63</sup> konsequent gewesen wäre, aber politisch offenbar nicht mehr machbar war.

Im Ergebnis kann man dem Gesetzgeber punkto IKS-Kontrolle durch die Revisionsstelle, wenn es denn wirklich dabei bleibt, sicherlich keine gute Note erteilen: Die Prüfung, «ob ein internes Kontrollsystem existiert», ist nichts mehr als eine Leerformel. So jedenfalls stellt sich nun die Absicht des Gesetzgebers dar. Ständerat HANSHEINI Inderkum hat dazu festgehalten: «Man könnte dazu neigen, festzustellen: Ja, wenn schon zu prüfen ist, ob ein Kontrollsystem existiere, dann verstehe es sich wohl von selbst, dass auch zu prüfen sei, ob dieses Kontrollsystem auch ein funktionierendes sei. Dem ist aber nicht so, sondern die Streichung des Wortes «funktionierendes» erfolgte aus der Erwägung, dass es nicht Aufgabe der Kontrollstelle sei, zu prüfen, ob dieses Kontrollsystem auch funktioniere».<sup>64</sup> Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes und darüber hinaus wird man sorgsam darauf achten müssen, dass dieses Gedankengut nicht verloren geht. Da sich die IKS-Kontrolle in einer Verkürzung des Gesetzestextes niedergeschlagen hat, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einer ausdehnenden Auslegung der Boden entzogen.<sup>65</sup> Ansonsten könnte sich für die Revisoren unversehens ein breites Haftungsfeld eröffnen, da sich mannigfaltige Pflichtverletzungen geschäftsführender Organ- und Hilfspersonen auf Schwächen im internen Kontrollsystem zurückführen lassen.<sup>66</sup> Wir haben diesen «Haftungskeim» für die Revisoren nach dem Gesagten offensichtlich nicht setzen wollen. Soweit die Branche der Wirtschaftsprüfer nun IKS-Aktivismus entfaltet<sup>67</sup>, begibt sie sich in eine haftungsrechtliche Gefahrenzone. So wie sich die angedachte Rechtslage derzeit präsentiert, sind auf der Grundlage des gegenwärtigen Verständnisses der Systemprüfung keine erheblichen Neuerungen auszumachen. Die Systemprüfung war stets Bestandteil der Revision bzw. deren eigentliche Grundlage. Mangels Systemprüfung läge folglich gegenüber einem Revisor bereits unter geltendem Recht der Vorwurf grobfahrlässigen Verhaltens nahe. Sofern wir

63 Dazu nach FN 61.

64 Amtliches Bulletin Ständerat, 15. Juni 2005.

65 Vgl. etwa BGE 122 III 325 und BGE 124 III 350.

66 Dazu ein Beispiel unter IV.7. am Anfang.

67 Vgl. etwa Finanz und Wirtschaft, 19. Oktober 2005, S. 24.

das dargelegte, wenn auch etwas unschöne Ergebnis des Gesetzgebers in Sachen Prüfung des internen Kontrollsystems in geltendes Recht überführen, ist nicht von einem erweiterten Pflichtenkreis bzw. neuen Verantwortlichkeitsrisiken des Abschlussprüfers auszugehen.

#### b) Prüfung der Risikobeurteilung

Der Entwurf des Bundesrates sieht in Art. 728a Abs. 1 Ziff. 5 E-OR vor, dass die Revisionsstelle prüft, ob «eine Risikobeurteilung vorgenommen wurde». Gleichzeitig soll der Anhang zur Jahresrechnung um «Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung» ergänzt werden (Art. 663b Ziff. 12 E-OR). Der Nationalrat hat die Prüfung, ob eine Risikobeurteilung vorgenommen wurde, aus dem Prüfungsauftrag der Revisionsstelle gestrichen, und zwar mit der Begründung, dass der gesamte Anhang zur Jahresrechnung der Prüfung durch die Revisionsstelle unterliege. Soweit die Prüfung des Anhanges betroffen ist, hat Berichterstatter DIDIER BURKHALTER ausgeführt: «En égard aux indications concernant l'appréciation des risques dans l'annexe, l'organe de révision doit seulement confirmer que ces indications ont été fournies, mais pas indiquer dans quelle mesure celles-ci sont correctes. La responsabilité du contenu et le genre d'appréciation des risques relèvent du conseil d'administration».<sup>68</sup> Der Ständerat hat als Zweitrat an dieser Auffassung nicht gerüttelt. Dass die Risikobeurteilung Sache des Verwaltungsrates ist, ergibt sich aus dem allgemeinen Umstand, dass der Verwaltungsrat die Oberverantwortung für die Geschäftsführung trägt (Art. 716a Abs. 1 OR), und zudem ist er auch für die Erstellung des Anhanges zur Jahresrechnung zuständig (Art. 662 Abs. 2 OR). Die erwähnte Ergänzung dieses Anhanges ist aus Sicht der Revisionsstelle also eine «Tick the box»-Bestimmung. Der Revisor darf nicht sein «Judgment» anstelle desjenigen des Verwaltungsrates setzen. Dieser Prüfungspflicht der Revisionsstelle eine weitergehende Bedeutung zuzumessen, verbietet sich auch mangels einer Pflicht der Revisoren zur Geschäftsführungsprüfung. Folglich dürften sich aus der gesetzlichen Neuordnung keine erheblichen neuen Haftungsrisiken für die Revisoren ergeben.

Die Prüfung der Risikobeurteilung ist nicht zu verwechseln mit der *risiko-orientierten Prüfung*, welche seit jeher Bestandteil einer professionellen Abschlussprüfung bildete. Sowohl Nr. 11 der Grundsätze zur Abschlussprüfung

68 Amtliches Bulletin Nationalrat, 2. März 2005; ebenso die BOTSCHAFT (FN 2), S. 4023 zu Art. 728a Abs. 1 Ziff. 5 E-OR: «Die verlangte Beurteilung durch die Revisionsstelle darf nicht als eine inhaltliche Prüfung verstanden werden; bestätigt wird lediglich, dass eine Risikobeurteilung vorgenommen wurde. Die Verantwortlichkeit für den Inhalt und die Art der Risikobeurteilung liegt beim Verwaltungsrat.»

(Ausgabe 2001)<sup>69</sup> als auch der Schweizer Prüfungsstandard 400 widmen sich dem Aspekt der Risikobeurteilung. Soweit die Risikobeurteilung den Gegenstand des Prüfungsauftrages der Revisoren betrifft, geht sie weiter als die blosser Vollständigkeitsprüfung über die Angaben des Verwaltungsrates zur Risikobeurteilung, die nun neu im Anhang zur Jahresrechnung offen gelegt werden sollen.

### c) Eingeschränkte Prüfung

Beim Prüfungsauftrag der Revisionsstelle gemäss dem geltenden Art. 728 Abs. 1 OR hat sich die Einheit des Aktienrechts bislang gehalten. Unabhängig von der Grösse und der wirtschaftlichen Bedeutung einer Aktiengesellschaft obliegt den Revisoren der gleiche Prüfungsauftrag – «*one size fits all*». Mit der Neuordnung der Revisionspflicht wechseln wir von der gesellschaftsspezifischen zu einer rechtsformunabhängigen Revisionspflicht, welche sich an der volkswirtschaftlichen Bedeutung einer Gesellschaft orientiert. Entsprechend wird neben der sog. ordentlichen Prüfung für die volkswirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften die sog. eingeschränkte Prüfung (Review) für die volkswirtschaftlich weniger bedeutsamen Unternehmen eingeführt.<sup>70</sup> Nach dem Vorschlag des Bundesrates hätte sich die eingeschränkte Prüfung «*auf Befragungen und analytische Prüfungshandlungen*» beschränken sollen.<sup>71</sup> Die Materialien halten dazu fest, dass «*keine eingehende Prüfung sämtlicher Einzelpositionen, keine Prüfung der Bewertungen und keine physische Bestandesaufnahme*» stattfinden müssen.<sup>72</sup> Dieser Vorschlag ist seitens der Treuhand-Kammer mit Verweis auf internationale Standards auf Kritik gestossen, insbesondere was die fehlenden Bewertungsprüfungen betrifft.<sup>73</sup> Man kann sich sicherlich fragen, welcher Stellenwert der internationalen Optik im Bereich des Review zukommen soll, da es sich dabei um den KMU-Prüfungs-

standard handelt, also um eine eher nationale Angelegenheit. Gleichwohl hat der Nationalrat der Kritik seitens der Prüferbranche Rechnung getragen und den Prüfungslevel bei der eingeschränkten Revision um «*angemessene Detailprüfungen*» ergänzt.<sup>74</sup> Was ist für die Revisoren damit gewonnen? Ich meine nichts, denn einfachste Detailprüfungen, wie das Abgleichen von Kontoauszügen mit der Bilanz, wären allemal gestützt auf die Prüfungsstandards oder ad hoc möglich. Durch die nunmehr erforderlichen «*angemessenen Prüfungshandlungen*» hat sich die Branche die Latte quasi selbst höher gelegt, was die klare «*Produktedifferenzierung*» zwischen der ordentlichen und der eingeschränkten Prüfung verwischt, Kostenvorteile für kleine und mittlere Unternehmen vermindert und die Rechtssicherheit für die Revisoren unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit beeinträchtigt, da die «*angemessenen Prüfungshandlungen*» einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellen. Dabei wird erneut sichtbar, dass sich die Revisoren in an sich verdienstvoller Weise primär um die Qualität der Abschlussprüfung bemühen, sich dabei aber auch selbst Steine in den Weg legen.<sup>75</sup> Das nunmehr im Gesetzesentwurf niedergelegte Ergebnis hätte sich individuell über das Opting-System erzielen lassen<sup>76</sup>, womit insgesamt eine grössere Flexibilität für die Unternehmen verwirklicht worden wäre.

Nach dem Vorschlag des Bundesrates soll die *Überschuldungsanzeige* dem Revisor auch bei der eingeschränkten Prüfung obliegen, wobei an die Offensichtlichkeit aufgrund des tieferen Prüfungslevels naturgemäss noch höhere Anforderungen zu stellen sind als bei der ordentlichen Prüfung, da sich ansonsten für den eingeschränkt Prüfenden kausalhaftungsähnliche Zustände ergeben können.

Bei der ordentlichen Revision besteht eine *Meldepflicht* für Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement: über wesentliche Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten ist zudem die Generalversammlung zu informieren.<sup>77</sup> Gleich wie unter geltendem Recht<sup>78</sup> sind Gesetzesverstösse bei der Anzeigepflicht umfassend zu verstehen: meldepflichtig ist also jeder Gesetzesverstoss, den die Revisionsstelle bei Gelegenheit der Prüfung aufdeckt. Diese Meldepflicht soll bei der eingeschränkten Revision entfallen. Darf die Revisionsstelle gleichwohl die Generalversammlung benachrichtigen?

Von Gesetzes wegen muss die Revisionsstelle das Geheimnis über ihre Feststellungen wahren, soweit sie nicht zur Bekanntgabe verpflichtet ist

69 Vgl. URS BERTSCHINGER, Risikoorientierte Prüfung: ein Haftungsrisiko für den Wirtschaftsprüfer?, ST 2000, S. 1247 ff.

70 Art. 729 ff. E-OR.

71 Art. 729a Abs. 2 E-OR; zu den analytischen Prüfungshandlungen vgl. Schweizer Prüfungsstandard 520.

72 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4027.

73 Positionspapier der Treuhand-Kammer, Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht und Zulassung und Beaufsichtigung der Revisoren, 31. August 2004, S. 10; ähnlich economiesuisse, Stellungnahme zur Revisionspflicht und Revisionsaufsicht im Rahmen des Hearing der Rechtskommission des Nationalrates, 25. November 2004, S. 5: «Hingegen geht die in Art. 729a OR vorgeschlagene Beschränkung der Prüfung auf Befragungen und analytische Prüfungshandlungen wohl zu weit. Auch bei einer Laienrevision in einem Verein werden etwa die Bilanzpositionen mit den Bankauszügen abgeglichen. Dieser Absatz ist missverständlich und sollte wohl besser gestrichen werden.»

74 Amtliches Bulletin Nationalrat, 2. März 2005.

75 Vgl. dazu schon bei FN 13.

76 Dazu sogleich unten IV.2.d.

77 Art. 728 c E-OR.

78 WÄTTER (FN 50), Art. 729b OR, N 2.

(Art. 730b E-OR). Diese Regelung kann einer Meldung an die Generalversammlung indessen nicht entgegenstehen, denn bei einem Gesetzesverstoss besteht seitens der Gesellschaft kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse, und das Schweigen der Revisoren kann schnell einmal als stossend erscheinen: das Gesetz verankert somit ein *Melderecht des Revisors*. In der Praxis dürfte dies allerdings zu Reden geben. Es steht meines Erachtens nichts entgegen, den eingeschränkt prüfenden Revisor auf der Basis einer statutarischen Aufgabenerweiterung einer entsprechenden Meldepflicht zu unterwerfen («*opting-up*»), um Friktionen auszuschliessen.

#### d) Massgeschneiderte Prüfungsstandards

Soweit das Gesetz nicht zwingend eine ordentliche Revision verlangt, kann sie von mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals verlangt werden («*opting-in*» oder «*opting-up*»),<sup>79</sup> Die ordentliche Revision stellt ein qualifiziertes Minderheitsrecht dar. Im Nationalrat wurde im März 2005 ein Minderheitsantrag, wonach auch ein Verwaltungsrat oder eine Verwaltungsrätin eine ordentliche Revision verlangen könne, abgelehnt.<sup>80</sup> Zudem kann die ordentliche Revision durch Beschluss der Generalversammlung herbeigeführt werden oder auf statutarischer Grundlage basieren.<sup>81</sup> Die Beschlussfassung der Generalversammlung unterliegt, vorbehaltlich eines höheren statutarischen Quorums, Art. 703 OR.<sup>82</sup> Ist lediglich eine eingeschränkte Revision nötig und hat die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen, so kann selbst darauf verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre zustimmen («*opting-out*»),<sup>83</sup> Anträge, diese Bestimmung zu streichen oder die Anzahl Vollzeitstellen weiter zu senken, wurden im Nationalrat verworfen.<sup>84</sup> Der Ständerat hat die Regelung verfeinert, indem der Verwaltungsrat die Aktionäre schriftlich um Zustimmung ersuchen kann. Er darf für die Beantwortung eine Frist von mindestens 20 Tagen ansetzen und kann darauf hinweisen, dass das Ausbleiben einer Antwort als Zustimmung zum Verzicht auf eine eingeschränkte Prüfung gilt.<sup>85</sup> Die zumindest eingeschränkte Revision stellt also ein Individualrecht des Gesellschafters dar.

79 Art. 727 Abs. 2 E-OR.

80 Amtliches Bulletin Nationalrat, 2. März 2005.

81 Art. 727 Abs. 3 E-OR.

82 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4013.

83 Art. 727a Abs. 2 E-OR.

84 Amtliches Bulletin Nationalrat, 2. März 2005.

85 Art. 727a Abs. 3 E-OR; vgl. Amtliches Bulletin Ständerat, 15. Juni 2005, wonach in einem neuen Abs. 4 zu Art. 727a E-OR schliesslich vorgeschlagen wird: *Soweit erforderlich passt der Verwaltungsrat die Statuten an und meldet dem Handelsregister die Löschung der Revisionsstelle an.*

Verlangt das Gesetz keine ordentliche Revision für die Jahresrechnung einer Gesellschaft, ist ein «*opting-up*» möglich, indem grundsätzlich der Prüfungsstandard für eine ordentliche Revision verlangt wird, aber zum Beispiel Erleichterungen von den Regeln zur Unabhängigkeit gewährt werden. Dasselbe ist möglich im Rahmen eines «*opting-down*» bei eingeschränkter Prüfung falls das Gesetz den gänzlichen Ausschluss der Abschlussprüfung zulässt.<sup>86</sup>

Die Neuordnung der Revisionspflicht schafft ein *Opting-System*.<sup>87</sup> Damit bei den Berichtsadressaten keine falschen Vorstellungen entstehen, ist bei der Testierung eines Jahresabschlusses der effektive Standard klar offen zu legen. Diese Offenlegungspflicht ist der Berichterstattung der Revisionsstelle an die Generalversammlung inhärent, sodass es hierzu keiner speziellen Ermächtigung seitens der auftraggebenden Gesellschaft bedarf. Konkret kann dies etwa bedeuten, dass die Revisionsstelle eine Einschränkung zur Unabhängigkeit offen legt. Unterlässt die Revisionsstelle die Offenlegung des tatsächlichen Prüfungsstandards und entsteht damit beim Berichtsadressaten der Eindruck, es sei mit einem höheren als dem tatsächlichen Standard geprüft worden, hat die Revisionsstelle für erwecktes Vertrauen einzustehen; es kann sich eine *Revisionsvertrauenshaftung* ergeben. Die Aktivlegitimation fliesst aus Art. 755 OR, da sie einen allgemeinen Aspekt der Prüfungspflicht und Berichterstattung betrifft, und ist folglich weit gezogen. Doch kann eine Revisionsvertrauenshaftung nur im Rahmen der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen eintreten; es bedarf also insbesondere eines konkreten Schadennachweises und eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem verschwiegenen, tatsächlich eingeschränkteren Prüfungsstandard bzw. dieser Pflichtverletzung und der Schadensentstehung.

### 3. Berichterstattung

#### a) Im Allgemeinen

Die Revisionsstelle ist gehalten, der Generalversammlung schriftlich über das Ergebnis ihrer Prüfung Bericht zu erstatten (Art. 729 Abs. 1 OR). Die Wirtschaftsprüfer haben den Text des Testates seit langem standardisiert. Dies erleichtert sowohl die Arbeit des Abschlussprüfers als auch diejenige der

86 BOTSCHAFT (FN 2), S. 4033 oben.

87 In dieser Beziehung scheinen wir besser gearbeitet zu haben als die Amerikaner; jedenfalls hat einer der Initiatoren des Sarbanes Oxley Act verlauten lassen: «If I had an other crack at it, I would have provided a bit more flexibility for small- and medium-sized companies» (Financial Times, Sarbanes Oxley reforms 'go too far', says author, 8. Juli 2005, S. 6).

Berichtsadressaten, indem die Standardisierung die Fokussierung auf die Abweichungen vom Standardtext ermöglicht. Der Standardtext liegt also nicht bloss im Interesse der Abschlussprüfer, sondern erleichtert auch die Beurteilung seitens der Berichtsadressaten. Der Markt verlangt nach Standardisierung, was man auch bei den Ratings von Unternehmen und Finanzinstrumenten feststellen kann. Unweigerliche Begleiterscheinung der Standardisierung ist die Verdrängung der Zwischentöne, was gleichzeitig die Konturen von Vorbehalten stärker hervortreten lässt. Entsprechend stark ist der Widerstand von Gesellschaften, wenn der Abschlussprüfer Abweichungen vom Standardtext vorschlägt. Prüfer weisen darauf hin, dass sie mehr wissen, als sie sagen dürfen.<sup>88</sup> Damit deutet sich ein Kommunikationsproblem an.

Die Neuordnung des Revisionsrechts strebt deshalb «eine erheblich präzisere Definition der Prüfungsaufgaben» an, was «einer besseren Abgrenzung der Verantwortlichkeitskreise und in der Folge der Vermeidung sachlich nicht gerechtfertigter Verantwortlichkeitsklagen» dienen soll.<sup>89</sup> Man darf sicherlich bezweifeln, dass dieses Unterfangen mit dem neuen Recht gelingen wird. Vielmehr wird es auch in Zukunft in erster Linie am Revisor liegen, angemessenen Bericht zu erstatten und dabei gesellschaftsbezogene Problembereiche im Rahmen des Prüfungsauftrages offen zu legen. Das Revisionsgeheimnis dürfte dabei – trotz Druckversuchen seitens von Prüfungskunden – keine praxisrelevante Schranke darstellen. Die Revisoren müssen, wie die St. Galler sagen, «Födle haben», um sich aufgrund verkürzter Berichterstattung nicht alsbald selbst auf der Anklagebank wieder zu finden. Der einstige Zuruf an den Gesetzgeber, eine differenzierte Berichterstattung zu ermöglichen<sup>90</sup>, ist mit der Neuordnung des Revisionsrechts nicht erfüllt, weil nicht erfüllbar. Für «reasonable audit judgement» kann es für den Prüfer keine negativen Folgen geben, egal wie pointiert Prüfungskunden auf solche potentiellen Konsequenzen hinweisen.

#### b) Internes Kontrollsystem als Gegenstand der Berichterstattung

Unter geltendem Recht berichtet die Revisionsstelle der Generalversammlung schriftlich «über das Ergebnis der Prüfung» (Art. 729 Abs. 1 OR). Das Standardtestat der Treuhand-Kammer macht keine Aussage zum IKS<sup>91</sup>, ob-

wohl die Systemprüfung anerkannter Bestandteil einer professionellen Prüfung darstellt. Das neue Recht wird nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens eine formelle Prüfungspflicht betreffend die blosse Existenz eines internen Kontrollsystems schaffen, welche sich nota bene lediglich auf den Gegenstand der Prüfungspflicht der Revisionsstelle, also die Finanzkontrolle, erstreckt.<sup>92</sup>

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob und inwiefern das interne Kontrollsystem Bestandteil des Testates bilden muss. Die Systemprüfung ist und bleibt Bestandteil einer professionellen Durchführung der Abschlussprüfung; sie ist deren Voraussetzung und Grundlage. Auf der Basis des angedachten neuen Gesetzestextes bildet das «Funktionieren» des internen Kontrollsystems nicht Bestandteil des Testates, weil es nicht mehr Gegenstand des Prüfungsauftrages ist<sup>93</sup>, und die blosse Existenz eines Kontrollsystems ist sinnvollerweise nicht zu testieren. Es macht wenig Sinn, über das blosse Vorliegen eines IKS im Testat selber eine positive Aussage zu machen, weil dieses Erfordernis bereits im neuen Art. 728a Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR abgedeckt ist, welcher die Berücksichtigung des IKS bei der Festlegung und Durchführung des Umfangs der Prüfung verlangt. In dieser Bestimmung geht der abgespeckte Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 E-OR mit der Prüfung, «ob ein internes Kontrollsystem existiert», auf. Sollten die Revisoren den Standardtext des Testates unter neuem Recht in eine andere Richtung lenken, würden sie den Gehalt der neuen Regelung ungeachtet des Willens des Gesetzgebers aufwerten, mit unabsehbaren Folgen für ihre Verantwortlichkeit.<sup>94</sup> Ein Beispiel, welches die künftige Rechtslage bei der ordentlichen Prüfung meines Erachtens angemessen wiedergibt, findet sich im Bericht des Konzernprüfers der UBS für das Geschäftsjahr 2004. Dort wird wie folgt formuliert: «Die internen Kontrollen werden als Basis für die Planung von Prüfungshandlungen, die den Verhältnissen angemessen sind, mitherücksichtigt. Dies beinhaltet jedoch keine vollständige Prüfung dieser Kontrollen mit dem Ziel, eine Beurteilung der Wirksamkeit derselben abzugeben. Wir geben demzufolge auch kein entsprechendes Prüfungsurteil ab.»<sup>95</sup> Das Testat bei der ordentlichen Prüfung muss sich nach dem Gehalt der gesetzlichen Regelung richten, nicht nach dem verunglückten Wortlaut des Gesetzes.

88 Vgl. die Aussage des Vertreters einer grossen Prüfungsgesellschaft, Finanz und Wirtschaft, 9. März 2002, S. 17: «Wir sehen während einer Prüfung sehr viel vom Innenleben der Unternehmen, dürfen aber nach dem gesetzlich definierten Auftrag und den Berichterstattungsregeln nur sehr wenig sagen.»

89 Bertschinger (FN 2), S. 3997.

90 Vgl. das Interview von Giorgio Behr, Finanz und Wirtschaft, 19. Januar 2002, S. 29.

91 Vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 2, S. 375.

92 Dazu oben IV.2.a.

93 Dazu oben IV.2.a.

94 Vgl. dazu ein Beispiel unter IV.7. am Anfang.

95 UBS Finanzbericht 2004, S. 87.

#### 4. Versicherung der Revisoren

Die Versicherungsdeckung von Prüfungsgesellschaften ist bislang etwas, von dem man weiss, das man aber nicht genau kennt. Und gleichwohl sind die Abschlussprüfer gerade deshalb vermehrt in den Fokus von Verantwortlichkeitsklägern gelangt. Mit dem Revisionsaufsichtsgesetz tritt dieses Kriterium für die staatlich beaufsichtigten Revisoren stärker in den Vordergrund: Prüfer, welche sich mit der Revision von Publikumsgesellschaften befassen wollen, müssen als Zulassungsvoraussetzung nachweisen, dass sie «für die Haftungsrisiken ausreichend versichert sind».<sup>96</sup> International ist die Versicherungspflicht für den Abschlussprüfer stark verbreitet.<sup>97</sup> Dieses Erfordernis ist auch in der Schweiz nicht neu, verlangen doch Art. 80 Abs. 1 lit. f der Anlagefondsverordnung<sup>98</sup> und Art. 35 Abs. 1 lit. f der Bankenverordnung als Voraussetzung der Anerkennung von Revisionsstellen durch die Eidgenössische Bankkommission den Abschluss einer ihrer Geschäftstätigkeit angemessenen Berufshaftpflichtversicherung. Im Finanzmarktaufsichtsrecht ist dieses Erfordernis nicht weiter konkretisiert worden. Ebenso sollte es sich im Revisionsrecht verhalten, um die potentiellen Kläger nicht noch «hungriger» zu machen. Zudem darf nicht übersehen werden, dass angesichts der teilweise exorbitanten Klagesummen die verlangte «ausreichende» Versicherungsdeckung gar nicht oder nicht mehr zu vertretbaren Kosten erhältlich sein dürfte. Wir schaffen mit Art. 9 lit. c des Revisionsaufsichtsgesetzes also eine «hinkende» Bestimmung.<sup>99</sup>

Das Versicherungserfordernis im Revisionsaufsichtsgesetz erscheint insgesamt als verfehlt: Blickt man auf die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft, so sind die Generalversammlung und der Verwaltungsrat als Primärorgane etabliert. Die Abschlussprüfer stellen hingegen ein blosses Sekundärorgan dar.<sup>100</sup> Dem blossen persönlichen Haftungssubstrat seitens der Verwaltungsräte und weiteren geschäftsführenden Organpersonen, allenfalls kombiniert mit einer moderaten Versicherungsdeckung, steht die Revisions-

gesellschaft gegenüber, welche sich, soweit sie Publikumsgesellschaften revidieren will, nun von Gesetzes wegen auch noch ausreichend versichern muss. Das Sekundärorgan verfügt im Ergebnis also über ein erheblich grösseres Haftungssubstrat als die geschäftsführenden Organpersonen. Dieses strukturelle Ungleichgewicht zeigt augenscheinlich Auswirkungen im Mass der Haftung zu Ungunsten der Revisionsstelle.

Zudem erscheint das Versicherungserfordernis unter dem Zweck des Revisionsaufsichtsgesetzes nicht begründet. Das Gesetz soll unter anderem «der ordnungsgemässen Erfüllung und Sicherstellung der Qualität von Revisionsdienstleistungen» dienen (Art. 1 E-RAG). Welche Bedeutung einer Berufshaftpflichtversicherung unter dieser Zwecksetzung zukommt, ist nicht ersichtlich. Der blosser Zulassungsentscheid, welcher qualitative Aspekte der Revisionsdienstleistungen betrifft, vermag eine stärkere «Kapitalisierung» der Revisionsstelle in Form einer Versicherungsdeckung jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Und dass die Versicherungsdeckung die Revisoren «ruhiger» und damit qualitativ einwandfreier arbeiten lässt, hat noch niemand behauptet. Beim Verwaltungsrat wird den Aktionären aufgrund ihres Wahlentscheidens<sup>101</sup> gesagt, «trau, schau wem»; Aktionäre haben diejenigen Verwaltungsräte, die sie verdienen. Wieso greift diese Argumentation nicht auch ohne weiteres bei den Revisoren? Nach dem Gesagten ist kein Grund ersichtlich, das Versicherungserfordernis für Wirtschaftsprüfer von Publikumsgesellschaften nun auf Gesetzesstufe stärker in den Vordergrund treten zu lassen. Auch lässt sich nicht sagen, das Versicherungserfordernis entspreche lediglich einer konsequenten Fortschreibung der Selbstregulierung. Zwar verlangt Art. 12 Abs. 1 lit. e des Mitgliedschaftsreglementes der Treuhand-Kammer<sup>102</sup> als Aufnahmebedingung für Unternehmen «eine Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens CHF 500 000», was den Mitgliedern hinsichtlich der tatsächlichen Versicherungsdeckung aber grössere Freiheiten lässt als die Regelung des Revisionsaufsichtsgesetzes.

Die Revisoren stehen in der Praxis bisweilen unter einem erheblichen Druck der Versicherungsgesellschaften, in einen Vergleich einzuwilligen. Angesichts der hohen Verteidigungskosten ist dies an sich verständlich. Allerdings spielt dieses Verhalten den potentiellen Klägern in die Hände, und es unterbleibt die Konkretisierung der erforderlichen Sorgfaltsstandards in der Abschlussprüfung durch die Gerichte. Inskünftig vermag teilweise die Praxis der Revisionsaufsichtsbehörde als Lückenfüller zu dienen. Es lässt sich jedoch nicht verkennen, dass die Versicherer in einem gewissen Sinne als «Richter» in Verantwortlichkeitsdiskussionen auftreten, was paradoxerweise mitunter die Rechtswegbarriere für den Kläger zu senken vermag. Im Ergeb-

<sup>96</sup> Art. 9 E-RAG.

<sup>97</sup> Vgl. auf [http://lewopa.eu.int/comm/interntal\\_market/auditing/doc/sotherland/auditliability\\_en.pdf](http://lewopa.eu.int/comm/interntal_market/auditing/doc/sotherland/auditliability_en.pdf): A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, S. 83 ff.

<sup>98</sup> AFV, SR 951.311.

<sup>99</sup> HANS GREGER, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Art. 18–22, N 64, hält zum Versicherungserfordernis des Art. 35 Abs. 1 lit. f BankV fest: «Problematisch erscheint hier die Frage nach dem angemessenen Deckungsumfang der Versicherung und nach der Qualität der Versicherungsgesellschaften. In dieser Beziehung steht der EBK als Bewilligungsbehörde rechtlich ein weiter Spielraum des Ermessens offen, der allerdings durch die Verhältnisse auf dem Versicherungsmarkt faktisch eingeschränkt bleibt.» Damit verhält es sich bei der zukünftigen Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (Art. 29 E-RAG) nicht anders.

<sup>100</sup> BGE 129 III 134.

<sup>101</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>102</sup> Fassung September 2001.

nis wird der Versicherer damit zum «Verbündeten» des Klägers, welcher mit dem Vergleich einen Teilsieg erringt.

### 5. Fallregister der Revisionsaufsichtsbehörde

Gemäss Art. 26 E-RAG melden die kantonalen Zivilgerichte und das Bundesgericht der Revisionsaufsichtsbehörde sämtliche Verfahren betreffend die Revisionshaftung gemäss Art. 755 OR, welche ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen betreffen, und stellen ihr die Urteile sowie andere Entscheide zu, die ein solches Verfahren abschliessen. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass Entscheide und Verfahren betreffend Art. 108 Abs. 2 FusG nach dem klaren gesetzlichen Wortlaut nicht zu melden sind. Im Übrigen dürfte diese Regelung den Druck auf die Wirtschaftsprüfer zum *aussergerichtlichen* Vergleich tendenziell erhöhen, weil die Rechtshängigkeit einer Sache unabhängig von der Art der Streiterledigung zu einer Meldung an die Aufsichtsbehörde führt. Damit kann diese Meldepflicht den potentiellen Klägern nützen, indem die Revisoren in Vergleiche einwilligen, um unliebsame Fragen des Regulators zu vermeiden.

### 6. Differenzierte Solidarität

Früher war die Haftung der damaligen Kontrollstelle zusammen mit der Haftung der geschäftsführenden Organpersonen in Art. 754 aOR geregelt, und die Revisoren wurden aufgrund der vollen Solidarität oftmals für Managementfehler zur Kasse gebeten. Seit der Aktienrechtsrevision von 1991 hat sich die Revisionshaftung in Art. 755 OR von der Geschäftsführungshaftung des Art. 754 OR emanzipiert, und aufgrund der differenzierten Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR ist die Revisionsstelle bereits im Aussenverhältnis nur nach Massgabe ihres eigenen Verschuldens haftbar. Zudem sind nach dem Wortlaut des Gesetzes beim Mass der Haftung auch die «Umstände» zu berücksichtigen. Gleichwohl wird die «Solidarhaftung» nach wie vor als «grösste berufliche Herausforderung» der Wirtschaftsprüfer bezeichnet.<sup>103</sup>

Das Grundproblem des Abschlussprüfers liegt darin, dass er selbst eigentlich alles richtig machen kann, und trotzdem haftbar wird. Dieses Paradox erklärt sich dadurch, dass die Haftbarkeit des Revisors stets das Fehlverhalten geschäftsführender Personen voraussetzt. Und wenn der Schaden einmal angerichtet ist, kann am Revisor eben immer etwas hängen bleiben. Die Absicht

des Gesetzgebers war dies indessen nicht. Die differenzierte Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR stellt, wie erwähnt, auf den persönlichen Verschuldensplafond ab und trachtet somit danach, die Haftung bei einer Mehrzahl von Verursachern getreu dem Charakter der Geschäftsführungs- und Revisionshaftung als Verschuldenshaftung auf diejenigen involvierten Personen aufzuteilen, welche den Schaden adäquat kausal mitverursacht haben. Die differenzierte Solidarität ist in der heute gültigen Fassung erst in der Phase der parlamentarischen Beratung entwickelt worden. Die Fassung des Bundesrates von 1983 hatte im Grundsatz noch an der vollen Solidarität festgehalten<sup>104</sup>, aber für die Revisionshaftung folgende Spezialregel vorgesehen:<sup>105</sup> *Wer der Revisionshaftung untersteht und für einen fahrlässig mitverursachten Schaden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet bis zu diesem Betrag, für den er zufolge Rückgriffs aufkommen müsste.* Gemäss Botschaft lag der Sinn dieser Regelung darin, die Revisoren «nur für den von ihnen verschuldeten Teil des Schadens» haften zu lassen, was in der praktischen Handhabung aber umständlich gewesen wäre, weil der Rückgriffsprozess unter den Schädigern dem Prozess mit den Geschädigten nachfolgen kann.<sup>106</sup> Allemal sollte bereits aufgrund dieses frühen Vorschlages im Aussenverhältnis nur nach Massgabe des eigenen Verschuldens der Revisoren gehaftet werden. Die geltende Regelung bringt dies klarer zum Ausdruck, hat in der Praxis nach Auffassung der Revisoren aber nicht die erhoffte Wirkung erzielt.

Die differenzierte Solidarität ist ein missverständlicher Begriff, denn mit Solidarität hat eine solche Haftung eigentlich gar nichts mehr zu tun, da bereits im Aussenverhältnis keine der haftbaren Personen einen grösseren Anteil des Gesamtschadens liquidieren muss, als sie dies bei alleiniger Haftbarkeit tun müsste. Es gibt bei der aktienrechtlichen Geschäftsführungs- und Revisionshaftung also kein Einstehen für die ganze Schuld, wie es gemäss Art. 143 Abs. 1 OR bei der echten Solidarität typisch ist. Die Haftbarkeit ist auf den persönlichen Verschuldensplafond begrenzt.<sup>107</sup> Dass es nach wie vor zu «Überschussdeckung» kommen kann, erklärt sich durch die individuellen Beiträge der Beteiligten an die Schadensverursachung; die Haftung richtet sich nach dem Verschulden, nicht nach Köpfen. Vermag ein Haftpflichtiger den Schaden per Regress nicht gemäss den Verschuldensquoten auf die Mitverursacher zu überwälzen, so hat er wegen seines eigenen Verschuldens im Aussenverhältnis gleichwohl nicht solidarisch im wahrsten Sinne des Wortes gehaftet. Zwar kann eine falsche Bezeichnung verwirren, aber nach einem an-

104 Art. 759 Abs. 1 E-OR (1983): Sind für einen Schaden mehrere Personen verantwortlich, so haftet jede von ihnen dem Geschädigten solidarisch.

105 Art. 759 Abs. 2 E-OR (1983).

106 Vgl. BOTSCHAFT (FN 2), S. 194.

107 Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18, N 491 ff.

103 Vgl. Finanz und Wirtschaft, 19. März 2005, S. 16.

erkannten Rechtssatz nicht schaden.<sup>108</sup> Wenn die Revisoren gleichwohl behaupten, die differenzierte Solidarität habe nicht die gewünschten Ergebnisse gebracht, so wird Frust spürbar. Vermag das Konzept der Individualisierung des Verschuldensplafonds trotz seiner gedanklichen Schärfe nicht zu verhindern, dass am Revisor letztlich zu viel vom Gesamtschaden hängen bleibt? Hier zeichnet sich bei der Revisionshaftung ein Änderungsbedarf ab, worauf unter V. zurückzukommen ist.

In BGE 127 III 453 ff.<sup>109</sup> war folgender Sachverhalt zu beurteilen: Der Revisor unterliess die Prüfung, ob die Saldi der Bankkonten mit denjenigen gemäss Buchhaltung übereinstimmen, was erhebliche Veruntreuungen eines Angestellten begünstigte. Nachdem der Schaden entdeckt wurde, klagte die Gesellschaft, und die Haftung des Revisors wurde bejaht. Unter Art. 759 Abs. 1 OR hält das Bundesgericht fest:<sup>110</sup> *«le comportement d'un responsable puisse, le cas échéant, libérer son coresponsable solidaire s'il fait apparaître comme inadéquate la relation de causalité entre le comportement de ce dernier et le dommage. Il faut alors que la faute du tiers ou de la personne lésée soit si lourde et si déraisonnable qu'elle relègue le manquement en cause à l'arrière-plan, au point qu'il n'apparaisse plus comme la cause adéquate du dommage.»* Damit scheidet das Bundesgericht einen De minimis-Bereich aus, wonach bei geringem Eigenverschulden und grossem Fremdverschulden keine Haftung besteht. Das Bundesgericht leuchtet diesen Bereich nicht genauer aus, hält jedoch fest, dass diese Regel mit grösster Zurückhaltung (*«avec la plus grande retenue»*) anzuwenden sei.<sup>111</sup> Es fragt sich, ob diese Zurückhaltung angebracht ist. Selbst das Bundesgericht hat die Revisionsstelle schon als *«organe secondaire»* bezeichnet, welches sich in der Aktiengesellschaft in einer *«position atypique»* befindet.<sup>112</sup> Die Revisoren stehen im zweiten Glied.<sup>113</sup>

108 Vgl. Art. 18 OR.

109 Pra 2001, Nr. 179.

110 BGE 127 III 456 f.

111 BGE 127 III 457, wo der Schutz des Geschädigten starke Betonung findet.

112 BGE 129 III 134.

113 Deziert a. M. HERBERT WOHLMANN, Zum Ausmass der Haftung der Revisionsstelle – Ein Beitrag zur Gewaltenteilung in der grossen Aktiengesellschaft, in: Robert Waldburger u. a. (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 430, wonach die Revisionsstelle *«die Hauptverantwortung in allen Dingen (treffe), die die Rechnungslegung angehen»*. Dieser Autor argumentiert im Wesentlichen mit dem Spezialwissen der Revisionsstellen im Bereich der Rechnungslegung, welches bei den Verwaltungsräten nicht vorhanden sei. Jedenfalls steht diese Auffassung im Widerspruch zum klaren Wortlaut des Gesetzes, wonach es gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR unter anderem unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates ist, für die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle besorgt zu sein, was selbstverständlich nicht notwendigerweise bedeutet, dass ein Verwaltungsrat selbst Rechnungslegungsspezialist sein muss. Soweit er nicht über dieses Spezialwissen verfügt, muss er es allerdings gesellschaftsintern oder bei externen Beratern erhältlich machen. Die Verantwortung bleibt indessen beim Verwaltungsrat.

Die Revisionshaftung greift zwar bei jedem Verschulden, also bei Absicht sowie bei grober und leichter Fahrlässigkeit, ist und bleibt aber Verschuldenshaftung. Damit Fahrlässigkeit angenommen werden kann, ist es nach der Rechtsprechung erforderlich, *«dass das schädigende Ereignis für den Schädiger vorauszusehen war; dabei genügt es, dass sich der Schädiger nach der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung hätte sagen sollen, es bestehe eine konkrete Gefahr der Schädigung»*.<sup>114</sup> Haftung also nur bei *Voraussehbarkeit* eines schadenstiftenden Ereignisses und Haftung nur, wenn ein Durchschnittsrevisor<sup>115</sup> unter den gegebenen Umständen von einer *konkreten* Gefahr der Schädigung ausgehen muss.

Mit der Buchführung und der Jahresrechnung prüfen die Revisoren das Arbeitsergebnis der Geschäftsführungsorgane.<sup>116</sup> Diese Unterlagen können in mannigfacher Hinsicht risikobehaftet sein. Man denke etwa an die Bewertung eines Grundstückes mit ungewisser Altlastenproblematik oder die Vollständigkeit der Buchhaltung. Trotz unbeschränkter Auskunftspflicht des Verwaltungsrates<sup>117</sup> liegt für den Revisor vieles im Verborgenen. Die Geschäftsführungsorgane stehen den konkreten Risikosituationen näher als der Wirtschaftsprüfer, der diese Sachverhalte aus zeitlicher und geographischer Distanz beurteilen muss. Dies muss sich auch unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit auswirken. Die geringere Distanz der Geschäftsführungsorgane zu unternehmerischen Risiken führt zur Haftung, wenn *erkennbare* Risikoaspekte unberücksichtigt bleiben und daraus im Rechtssinne ein Schaden entsteht. Anders präsentiert sich die Situation beim Revisor. Es ist ihm von Rechts wegen verboten, im Verwaltungsrat zu sitzen oder sich sonst an der Geschäftsführung zu beteiligen.<sup>118</sup> Er kann deshalb für Risiken, mit denen er anlässlich seiner Prüfung konfrontiert wird, auch nicht nach dem gleichen Massstab haften wie die Geschäftsführungsorgane. Genügt für die Haftung der Geschäftsführungsorgane nach der allgemeinen Fahrlässigkeitsdefinition, wie erwähnt, die blosser Erkennbarkeit schadenstiftender Umstände, so sollte aufgrund der tatsächlichen Stellung des Wirtschaftsprüfers in der Aktiengesellschaft die Haftung grundsätzlich nur bei *offensichtlicher* Erkennbarkeit eines schadenstiftenden Ereignisses greifen. Dies hätte beispielsweise für die fehlerhafte Bewertung von Aktiven ebenso zu gelten wie hinsichtlich der Vollständigkeit der Buchhaltung. Allerdings ist damit unter geltendem Recht

114 BGE 113 II 56 f.

115 Dieses Element fliesst aus der Objektivierung des Verschuldensmassstabes, wonach Recht machen muss, was für einen *durchschnittlichen* Revisor unter den gegebenen Umständen vorauszusehen war (PETER FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997, N 98).

116 Art. 728 OR.

117 Art. 728 Abs. 2 OR.

118 Art. 727c Abs. 1 OR.

nicht etwa der Ausschluss leichter Fahrlässigkeit gemeint. Der Revisor haftet unter Art. 755 OR für jede Fahrlässigkeit, und das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht ist nach der herrschenden Lehre zwingender Natur.<sup>119</sup> Allerdings bedeutet das Gesagte bereits unter geltendem Recht, dass, soweit es beim Revisor nicht schon an der *Pflichtwidrigkeit* fehlt, *kausalitätsunterbrechende Umstände* bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen unter Art. 759 Abs. 1 OR zu Gunsten der Revisoren eher grosszügig zuzulassen wären. Gewissenhaft ist folglich zu fragen, ob den Revisor wirklich ein Verschulden trifft oder die in Art. 759 Abs. 1 OR ebenfalls vorbehaltenen «Umstände» nicht doch zu seinen Gunsten sprechen. Damit enden wir bei einer «stufenge-rechten» Auslegung von Art. 759 Abs. 1 OR, welche die Nähe der geschäfts-führenden Organpersonen und der Revisoren zu den Sachverhalten der Geschäftsführung gemäss dem spezifischen Auftrag dieser Personen unterschiedlich berücksichtigt. Wenngleich sich diese Auslegung nicht erst mit der Neuordnung der Revisionspflicht erklären lässt, so entspricht sie zumal bei der eingeschränkten Prüfung einem gesteigerten Bedürfnis, da sich der Einblick der Revisionsstelle in die Gesellschaft aufgrund des engeren Prüfungsauftrages weiter abschwächt; auf dass nicht zu viel am Revisor hängen bleibe! Zu den rechtspolitischen Überlegungen, welche sich aus dem Vorstehenden ableiten, sei auf die Ausführungen unter V.3, verwiesen.

### 7. Natur der Abschlussprüfung

In BGE 127 III 453 ff. hat das Bundesgericht zu Lasten der klägerischen Gesellschaft erwogen, dass Art. 44 Abs. 1 OR auch im Rahmen von Art. 759 Abs. 1 OR greift, was die Herabsetzung des Schadenersatzes infolge Selbstverschuldens des Geschädigten, hier der Gesellschaft, ermöglichte.<sup>120</sup> Nachdem das Bundesgericht festhält, dass Art. 44 Abs. 1 OR dem Richter einen weiten Ermessensspielraum belässt, wirft es der Klägerin vor, dass in casu für den fehlbaren Angestellten ein zu grosser Handlungsspielraum bestanden habe, womit die von der Revisionsstelle nicht entdeckten Veruntreuungen erst begünstigt worden seien. Es scheint hier also eine Schwachstelle im unternehmensinternen Kontrollsystem vorgelegen zu haben, welche zu Lasten der Gesellschaft berücksichtigt wurde. An diesem Beispiel lässt sich im Übrigen das Gefahrenpotential einer Pflicht zur Wirksamkeitskontrolle des unterneh-

mensinternen Kontrollsystems durch die Revisoren veranschaulichen<sup>121</sup>, da in diesem Fall eine IKS-Schwäche zu Lasten der Revisoren wirken kann.

Seitens des beklagten Revisors stützte sich das Bundesgericht auf Art. 99 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung richtet sich das Mass der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt. Zu Recht hält das Bundesgericht fest, dass die Bestimmung keine abschliessende Aufzählung der Milderungsgründe enthält («insbesondere»), was infolge der geringen Prüfungshonorare von CHF 500.– bis CHF 1 200.– pro Revision zur Reduktion der Schadenersatzpflicht des Revisors um einen Drittel führte.<sup>122</sup>

Es stellt sich die Anschlussfrage, ob die Haftpflicht auch bei grösseren Revisionsmandaten gestützt auf die «besondere Natur des Geschäftes» herabgesetzt werden kann. Da die Revisoren oftmals die Nadel im Heuhaufen suchen, lässt sich diese Frage sicherlich nicht a priori verneinen. Jedenfalls stufen die Versicherungsgesellschaften die Revisionstätigkeit dem Vernehmen nach als «high risk» ein und üben Zurückhaltung in der Zeichnung solcher Risiken. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass sich die erwähnte Auslegungsfrage in einem eher schwierigen politischen Umfeld stellt, welches die Revisoren stärker in die Pflicht nimmt. Die besondere Natur des Revisionsgeschäftes bzw. dessen Schadensgeneigtheit wird durch die Neuordnung des Revisionsrechts sicherlich nicht abgeschwächt, eher dürfte das Konfliktpotential für die Abschlussprüfer weiter zunehmen. Es gilt deshalb, Art. 99 Abs. 2 OR im Rahmen der Revisionshaftung umso mehr in Betracht zu ziehen.

Die Natur der Abschlussprüfung lässt sich auch unter Art. 43 Abs. 1 OR berücksichtigen, wonach der Richter die Höhe des Schadenersatzes unter Würdigung der Umstände sowie des Verschuldens bestimmt. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung im Kontext der Revisionshaftung ebenfalls in Betracht gezogen.<sup>123</sup> Wenn nun teilweise eine *lex specialis* zu Art. 43 Abs. 1 OR propagiert wird, welche den Richter bei bloss geringem Verschulden zur Reduktion der Haftung des Revisors anhalten würde, erscheint dies vor diesem Hintergrund als wenig plausibel. Wir haben in unserem Obligationenrecht eine eingespielte Mechanik, welche den Allgemeinen Teil und den Rest verbindet.<sup>124</sup> Wir sollten davon Abstand nehmen, immer schlechtere Gesetze zu schreiben. Im Übrigen erscheint ein «Haftungsrabatt» für die Revisoren bei geringem Verschulden gestützt auf eine allgemeine Anweisung an den Richter auch wenig praxisrelevant. Ein feiner Federstrich des Gesetzgebers wird

119 Statt vieler PETER V. KUNZ, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, AJP 1998, S. 1284.

120 BGE 127 III 458 f.

121 Zu diesem Aspekt auch oben unter IV.2.a.

122 BGE 127 III 459 f.

123 BGE 127 III 459.

124 Als «Transmissionsriemen» fungiert Art. 7 ZGB.

in der Praxis, welche eher den holzschnittartigen Mustern folgt, allzu leicht übertüncht.

## V. Neuordnung der Revisionshaftung

Derzeit wird eine grössere Revision des Aktienrechts vorbereitet, die Ende 2005 oder Anfang 2006 in die Vernehmlassung geschickt werden soll. Mittlerweile ist eine grosse Fülle verschiedener Themen zusammen gekommen<sup>125</sup>, sodass eher von einem längerfristigen Projekt auszugehen ist. Dem Vernehmen nach soll die Neuordnung der Revisionshaftung Bestandteil dieses Paketes bilden. Aber nicht nur dies, auch das Rechnungslegungsrecht – für die Revisoren von zentraler Bedeutung – soll entgegen früherer Absicht nun doch nicht dekodifiziert werden, sondern Bestandteil des Obligationenrechts bleiben. Genauer ist insbesondere zur Revisionshaftung derzeit nicht zu erfahren, doch kann davon ausgegangen werden, dass man sich die ausländischen Vorbilder zu Herzen nehmen wird. Nach dem «grounding» unserer nationalen Fluggesellschaft verschafften sich politische Forderungen nach einer Verschärfung der Verantwortlichkeit der Revisoren Luft.<sup>126</sup> Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Revisionshaftung bereits voll am Anschlag ist, indem die Revisoren für jede Fahrlässigkeit haften und die Haftung zudem betragsmässig unbegrenzt ist. Mittlerweile haben sich die Gemüter wieder etwas beruhigt. Einstweilen kann davon ausgegangen werden, dass angesichts der virulenten Haftungsproblematik nach spürbaren Erleichterungen für die Revisoren gesucht wird. Negativ fällt ins Gewicht, dass angesichts der Komplexität der anstehenden Aktienrechtsrevision nicht mit einem Schnellschuss zu rechnen ist, sodass die Revisoren noch etwelche Zeit mit der bestehenden Haftungsordnung werden leben müssen.

Das schweizerische Haftpflichtrecht steht grundsätzlich auf dem Boden der betragsmässig unbeschränkten Haftung. Zudem darf die Haftung höchstens für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden (Art. 100 Abs. 1 OR). Gegen dieses haftpflichtrechtliche Credo werden Bemühungen zur Haftungserleichterung für die Revisoren anzukämpfen haben. Angesichts des immensen Haftungspotentials, welches sich über den Revisoren fortwährend zusammenbraut, werden wir wohl nicht darum herumkommen, diesem Berufsstand ein

125 Der Bogen reicht unter anderem von Anliegen der Corporate Governance, wie sie sich im Bericht der sog. Arbeitsgruppe «Corporate Governance» niedergeschlagen haben (vgl. PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIS/FRANÇOIS DESSEMONTET, Schriftenreihe zum neuen Aktienrecht Nr. 21, Zürich 2004), über Aspekte des Gesellschaftskapitals und des Stimmrechts bis hin zur Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung.

126 Vgl. Parlamentarische Initiative 02.405 von RUDOLF STRAHM, Unabhängigkeit des Revisores im Gesellschaftsrecht, 6. März 2002.

bisschen entgegen zu kommen. Mit dem Zusammenbruch von Arthur Andersen sind Bedenken über genügenden Wettbewerb unter den Wirtschaftsprüfern und ausreichende Wahlmöglichkeiten der Prüfungskunden aufgekommen. Mittlerweile wird der Artenschutz für die grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften propagiert, was Ausdruck findet in der prägnanten «Headline»: «KPMG muss als vierte grosse Revisionsfirma bestehen bleiben».<sup>127</sup> Letztlich geht es hier um ein *Systemrisiko*, indem bei mangelnder Wahlmöglichkeit ein Kernthema der Abschlussprüfung – die Unabhängigkeit – ad absurdum geführt würde. Wer die Diskussion zur Haftungsbeschränkung für die Revisoren unter dem Gesichtspunkt der Privilegierung einer etablierten und mächtigen Branche unserer Wirtschaft führt, verkennt diese tatsächlichen Verhältnisse. Darüber hinaus hat die Haftungsbeschränkung der Wirtschaftsprüfer auch einen *sozialpolitischen Aspekt*, indem die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften tausenden von Mitarbeitern das wirtschaftliche Auskommen ermöglichen, sodass angemessene Rahmenbedingungen für die Ausübung des Prüferberufes bestehen sollten. Und schliesslich ist im Anschluss an eine Haftungsbeschränkung auch nicht mit einem «moral hazard» der Revisoren zu rechnen, weil die Gefahr des Entzuges der Zulassung für die Erbringung von Revisionsdienstleistungen<sup>128</sup> automatisch disziplinierend wirkt. Im Folgenden soll eine Auslegeordnung, quasi ein «Brainstorming», zur Neuordnung der Revisionshaftung mit einzelnen kurzen Bewertungen präsentiert werden.

### 1. Beschränkung der Passivlegitimation auf die leitenden Revisoren

Wenn hier zunächst eine radikale Massnahme vorgestellt wird, so nicht deshalb, weil sie aus Sicht des Autors in der künftigen Diskussion im Vordergrund stehen sollte, sondern weil sie bestehende strukturelle Defizite in der Aktiengesellschaft besonders augenscheinlich macht: Der Verwaltungsrat ist mit natürlichen Personen bestückt, juristische Personen sind nicht wählbar (Art. 707 Abs. 3 OR). Damit ist das Haftungssubstrat seitens der Verwaltungsräte oftmals von vornherein limitiert. Als Revisionsstellen können neben natürlichen Personen auch Handelsgesellschaften gewählt werden, wobei letzteres heute der Regel entspricht. Die Grösse dieser Gesellschaften schafft automatisch ein substantielleres Haftungssubstrat und zusätzlich eine umfangreichere Versicherungsdeckung. Damit ergibt sich ein strukturelles Ungleichgewicht, welches für die Revisoren zwangsläufig zum aktuellen Malaise bei der Verantwortlichkeit geführt hat. Kann dieses Problem dadurch gelöst werden, dass die Attraktivität der Revisoren als passivlegitimierte Par-

127 Neue Zürcher Zeitung, 24. August 2005, S. 28.

128 Art. 18 E-RAG.

teien vermindert wird? Der ausgeprägte Fokus auf die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften wird jedenfalls kritisiert: «*regulators and prosecutors are concentrating too much on punishing companies, which can be unfair and ineffective, rather than individuals*». <sup>129</sup> Sollten wir dies am Ende auch für die zivilrechtliche Haftung beherzigen?

Zwar könnte an der Wählbarkeit von Handelsgesellschaften als Revisionsstelle festgehalten werden, was bei grossen Prüfungskunden als ein Muss erscheint, da die Revisionsdienstleistungen den Einsatz einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verlangen. Die Revisionshaftung wäre allerdings auf die leitenden Revisoren, also auf diejenigen Personen zu beschränken, welche bei der Führung des Revisionsmandates die Fäden in den Händen halten. <sup>130</sup> Statt der formell gewählten und im Handelsregister eingetragenen, aber unter Art. 755 OR nicht mehr passivlegitimierten Revisionsgesellschaft wären die leitenden Revisoren, die sog. *materiellen Revisionsorgane*, der Revisionshaftung ausgesetzt. Passivlegitimiert könnten auch weitere natürliche Personen sein, die sich massgeblich in die Mandatsführung einmischen, etwa ein Verwaltungsrat einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; sie wären die sog. *faktischen Revisionsorgane*. Diese passivlegitimierten Organpersonen dürften im Rahmen der Revisionshaftung aufgrund positiv-rechtlicher Anordnung nicht als Organe der Revisionsgesellschaft im Sinne von Art. 722 OR und Art. 55 ZGB gelten, damit sich die Haftung nicht doch noch den Weg zu den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bahnen könnte. Die Revisionshaftung bliebe also auf Personen beschränkt, die in leitender Funktion mit einem Revisionsmandat befasst sind. Mit diesem konzeptionellen Wechsel bei der Revisionshaftung wären die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften verantwortlichkeitsrechtlich aus der Schusslinie. Ansonsten ergäben sich keine Systemänderungen: die periodische, in der Regel jährliche Wahl der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Revisionsstelle sowie die Rotation der leitenden Revisoren <sup>131</sup> könnten beibehalten werden.

Der Einwand gegen die hier andiskutierte Beschränkung der Passivlegitimation, dass die Aktionäre damit – im Unterschied zur Rechtslage bei den Verwaltungsräten – nicht den Revisor haben, den sie wählen und damit verdienen, geht fehl, da die Qualität einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft über die Wahl durch die Generalversammlung entscheiden soll und nicht deren Haftungspotential. Angesichts der Reputationsrisiken und des harten Wettbe-

werbes um Revisionsmandate ist auch kaum davon auszugehen, dass die Qualifikation leitender Revisoren, welche von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften eingesetzt würden, abnähme. Bemerkenswert ist, dass die Existenz der Revisionsstelle mit dem fehlenden bzw. nur unter erschwerten Bedingungen gewährten Einsichts- und Kontrollrecht in finanziellen Belangen sowie mit dem oftmals fehlenden Fachwissen der Eigenkapitalgeber erklärt wird. <sup>132</sup> Mit Blick auf die Verantwortlichkeit erscheint die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Revisionsstelle damit konzeptionell wenig fundiert. Da der Eigenmittelschutz bei der Aktiengesellschaft mangels Mindestkapitalisierungsvorschriften und eines in der Praxis ungenügenden Frühwarnsystems bei Kapitalverlust <sup>133</sup> stark relativiert ist, kann man sich im Ergebnis nicht des Eindrucks erwehren, dass die Revisionsgesellschaften faktisch Bestandteil des erweiterten Haftungskapitals ihrer Prüfungskunden geworden sind.

Das Gesagte offenbart die Wahlmöglichkeit von Handelsgesellschaften als Ursprung des derzeitigen Haftungsmalaise der Revisoren. Der Wortlaut des geltenden Art. 727 d Abs. 1 OR, wonach «*auch*» Handelsgesellschaften gewählt werden können, deutet darauf hin, dass der Revisor als natürliche Person einst die Regel und die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Ausnahme darstellte. <sup>134</sup> Den geänderten Verhältnissen entsprechend entfällt Art. 727 d OR im Zuge der Neuordnung des Revisionsrechts, und es greift eine Regelung Platz, welche natürliche und juristische Personen im gleichen Atemzug nennt. <sup>135</sup> Die grosse wirtschaftliche Kraft der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften hat eine Entwicklung begünstigt, welche zur Verzerrung der Verantwortlichkeitskreise im Gefüge der Aktiengesellschaft geführt hat. Es kann deshalb nachgerade als Trugschluss erscheinen, den Wirtschaftsprüfern als Schutz vor Haftung die Inkorporation zu erlauben. <sup>136</sup> Dass sich mit der persönlichen Verantwortlichkeit der leitenden Revisoren für den Einzelnen – gleich wie bei den Verwaltungsräten – letztlich untragbare Risiken ergeben, lässt sich nicht von der Hand weisen, doch erscheint es mithin als stossender, dass ein einzelner Prüfer oder ein Prüfungsteam in der Lage ist, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum Einstürzen zu bringen. Die Verhältnismässigkeit liefert jedenfalls auch Argumente für die ausschliessliche Haftung der leitenden Revisoren.

<sup>129</sup> BOISCHART (FN 2), S. 3975.

<sup>133</sup> Vgl. Art. 725 Abs. 1 OR.

<sup>134</sup> Vgl. zum gleich lautenden Art. 727 Abs. 3 OR von 1936 die Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf über die Revision des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 29, Februar 1928, S. 257.

<sup>135</sup> Art. 730 Abs. 2 E-OR.

<sup>136</sup> <http://www.treasury.gov.au/documents/403/html/docshell.asp?URL=Ch5.asp>, wo die australische Regierung unter anderem festhält «that an appropriate framework for addressing the issue of audit liability would be to implement the proposals allowing auditors to incorporate».

<sup>129</sup> DAVID WIGTON, The flawed logic of punishing companies, Financial Times, 28. Juli 2005, S. 13.

<sup>130</sup> In Anlehnung an BGE 61 II 342, wenn auch unter Art. 55 ZGB, wonach als geschäftsführende Organpersonen aufzufassen sind, «des personnes qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise».

<sup>131</sup> Art. 730a Abs. 2 E-OR.

Im Rahmen einer «Vernehmlassung» des vorliegenden Beitrages bei verschiedenen Vertretern der Revisionsbranche ist an der Beschränkung der Passivlegitimation auf die leitenden Revisoren erwartungsgemäss Kritik laut geworden. Es wurde geltend gemacht, dass mit einer derartigen Exponierung der leitenden Revisoren die ohnehin hohe berufliche Belastung dieser Personen weiter zunehme. Daraus könnten sich in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft unerwünschte Nebenwirkungen ergeben, indem der leitende Revisor in einer konkreten Situation sein eigenes Interesse zwecks Vermeidung der Haftung über das Interesse seines Arbeitgebers stelle, in seiner Reaktion «überschiesse» und letztlich nicht mehr führbar sei. Es wird auch geltend gemacht, dass die Teambildung beeinträchtigt bzw. präjudiziert würde, weil die leitenden Revisoren nur noch mit ihren Vertrauenspersonen auf Revision gehen würden; eine vernünftige Revisionsplanung in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft würde verhindert. Ein Einwand ging auch dahin, dass der leitende Revisor haften müsste, ohne das Honorar für die Abschlussprüfung zu kassieren, was als etwas formal erscheint, da leitende Revisoren in der Regel als Partner oder Senior Manager allemal am Ertrag der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft partizipieren. Ob die seitens der Prüferbranche vorgetragenen Argumente im Übrigen alle den Kern der Sache treffen, bleibe hier einmal dahin gestellt. Die oben andiskutierte Beschränkung der Passivlegitimation auf die leitenden Revisoren lässt sich derzeit sicherlich nicht als ausgefeilter Vorschlag bezeichnen. Einmal wäre die Reaktion der Investoren am Schweizer Aktienmarkt und die politische Machbarkeit zu diskutieren. Und schliesslich mag man einem Experiment in einem Bereich, in dem dringend mehr Ruhe einkehren sollte, auch nicht leichthin eine Chance gewähren.

## 2. Beschränkung des Haftungsbetrages

### a) Haftungsobergrenze

Im Vordergrund der Diskussion zur Neuordnung der Revisionshaftung dürfte eine Beschränkung der betragsmässigen Haftung der Revisionsstelle stehen, so jedenfalls äussert sich auch bereits der Justizminister.<sup>137</sup> Sie hat international eine gewisse Verbreitung gefunden. So kennen etwa *Deutschland*<sup>138</sup> und

*Österreich*<sup>139</sup> betragsmässige Haftungsbeschränkungen. Differenzierungskriterien bilden die Grösse der Gesellschaft bzw. deren volkswirtschaftliche Bedeutung sowie die Börsenkotierung. Bei spezialgesetzlich geregelten Gesellschaften, wie Banken und Versicherungsgesellschaften, greifen spezielle Haftungsoberlimiten. Die Regelung in Österreich ist kürzlich revidiert worden und gilt in neuer Fassung ab dem 1. Jänner 2006. Die österreichischen Haftungsoberlimiten reichen von zwei Millionen Euro bis 18 Millionen Euro, wobei letzterer Grenzwert bei der Prüfung von Banken und Versicherungsgesellschaften mit einer Bilanzsumme von über 15 Milliarden Euro zur Anwendung gelangt. Dieser Regelungsansatz ist klar, und er empfiehlt sich deshalb zur Nachahmung. Bemerkenswert ist, dass der geltende § 275 Abs. 2 des österreichischen Aktiengesetzes selbst bei grober Fahrlässigkeit eine Beschränkung kennt, welche das jeweils Fünffache der maximalen Haftungsbeträge bei leichter Fahrlässigkeit umfasst. Die Anfang 2006 in Kraft tretende Änderung dehnt die Haftungsbeschränkung generell auf Fahrlässigkeit aus. Allerdings gelten die Haftungslimiten nach neuer Ordnung nicht für den Abschlussprüfer, der in Kenntnis oder in grobfahrlässiger Unkenntnis seiner Ausgeschlossenheit bzw. mangelnden Unabhängigkeit gehandelt hat.<sup>140</sup>

*England* hat mittlerweile eine Company Law Reform beschlossen, welche auch die Haftung der Revisoren («auditors») betrifft. Danach sollen «liability limitation agreements» zulässig sein, wenn sie von den Aktionären gutgeheissen wurden. Die zulässige Haftungsbeschränkung ist vage wie folgt umschrieben: «A liability limitation agreement is not effective to limit the auditor's liability to less than such amount as is fair and reasonable in all the circumstances of the case having regard to (a) the auditor's responsibilities under this Part, (b) the nature and purpose of the auditor's contractual obligations to the company, and (c) the professional standards expected of him».<sup>141</sup> Damit sind die Gerichte berufen, darüber zu entscheiden, welche Haftungsbeschränkung «just and equitable» ist.<sup>142</sup> Eine Gesellschaft, welche eine derartige Haftungsbeschränkungsvereinbarung mit den Revisoren abgeschlossen hat, muss dies nach den Vorschriften des Secretary of State veröffentlichen. Die Gültigkeit dieser Vereinbarungen ist auf ein Jahr begrenzt.<sup>143</sup> Statt die Vereinbarung selbst zu billigen, soll es unter anderem auch zulässig sein, die «principal terms» im Voraus durch die Generalversammlung der Ak-

137 Vgl. Neue Zürcher Zeitung, 29./30. Oktober 2005, S. 25; siehe auch DANIEL ZUBERBUHLER, Oligopol der Prüfungsgesellschaften als Aufsichtsproblem, in: Robert Waldburger u.a. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 820 ff.

138 § 323 deutsches HGB.

139 Kritisch zur Rechtslage in Österreich WALTER DORALT, Haftung der Abschlussprüfer, Wien 2005, S. 98 ff., wobei die Argumentation dieses Autors eher formal anmutet.

140 § 275 Abs. 2 des revidierten österreichischen Aktiengesetzes.

141 So nun Section 520 der Company Law Reform Bill.

142 Vgl. UK Company Law Reform, März 2005, S. 26, auf <http://www.dti.gov.uk/cld/hottopic.htm>.

143 Part Q – Auditors: Explanatory materials zu Q68 (gemäss Quelle in FN 142); nun Section 522 (FN 141).

tionäre abzusegnen.<sup>144</sup> Eine Haftungsbeschränkung für «fraud» erscheint als ausgeschlossen. In den Materialien (sog. «White Paper») wird zur Haftungsbeschränkung zudem festgehalten: «*the company could not agree in advance a monetary limit to the auditor's liability. This means there would be no scope for maxima set as cash sums, or expressed in accordance with a quantifiable formula (for example, as a multiple of the audit fee)*».<sup>145</sup>

Die englische Regulierung erscheint als kompliziert und die effektiv zulässige Haftungsbeschränkung im Wesentlichen nicht als vorhersehbar. Es muss deshalb bezweifelt werden, dass dieser Vorschlag potentiellen Klägern in Verhandlungen mit der Revisionsstelle etwas «den Wind aus den Segeln» zu nehmen vermag. Zudem kann kaum überzeugen, die Aktionäre zu einer Haftungsbeschränkung zu befragen, da sie zumindest aus schweizerischer Warte in erster Linie zu Lasten der Gläubiger wirkt, was die Attraktivität der Gesellschaft als Vertragspartnerin vermindern kann, sodass die Aktionäre kaum ein Interesse haben dürften, für die Revisoren eine Lanze zu brechen. Will man das Haftungsrisiko für die Revisoren besser unter Kontrolle bringen, erscheint der englische Weg als wenig praktikabel.

Ein in der Schweiz angedachter Vorschlag geht in Richtung KMU-Ansatz, den wir etwa im Fusionsgesetz stark forciert haben. Danach wäre gestützt auf eine Kategorisierung der Gesellschaften ein abgestufter Haftungshöchstbetrag vorzusehen. Die Gruppenbildung könnte sich an der Grösse der Gesellschaften orientieren, wobei auf das Kapital, den Umsatz und die Anzahl Mitarbeiter abzustellen wäre.<sup>146</sup> Diskutiert werden absolute Haftungshöchstbeträge pro Gruppe oder ein Vielfaches des Revisionshonorars. Letzteres würde die Transparenz der Revisionshonorare voraussetzen, was derzeit nicht bei allen Gesellschaften gewährleistet ist.<sup>147</sup> Zudem können sich Abgrenzungsfragen zu den Honoraren für weitere zulässige Dienstleistungen der Abschlussprüfer ergeben. Es will auch nicht recht einleuchten, wieso eine Revisionsstelle, die erfolgreich ein etwas höheres Honorar aushandelt, durch eine höhere Haftungsmitel «bestraft» werden soll. Es wäre deshalb pro Gesellschaftskategorie ein fixer Maximalbetrag der Haftung vorzusehen.

Fraglich ist, ob eine betragsmässige Haftungsbeschränkung nach dem Muster von Art. 100 Abs. 1 OR ebenfalls nur bei *leichter Fahrlässigkeit* grei-

fen dürfte. Die erwähnte Bestimmung schliesst die Haftungsbeschränkung für grobe Fahrlässigkeit und Absicht aus, was auch für die quantitative Haftungsbegrenzung gilt.<sup>148</sup> Wäre die Haftungsbeschränkung nur bei leichter Fahrlässigkeit anwendbar<sup>149</sup>, müsste allemal die Problematik der «obrigkeitlichen Konzessionierung» im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR klargestellt werden.<sup>150</sup> Diese Bestimmung dürfte nach positiver gesetzlicher Anordnung auf die Revisoren keine Anwendung finden. Unverkennbar ist, dass die Abgrenzung von leichter und grober Fahrlässigkeit in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. In Österreich wird die Unterscheidung mit Wirksamkeit ab 1. Januar 2006 aufgegeben, sodass die Haftungsbeschränkung bei jeder Fahrlässigkeit gleichermassen gilt.<sup>151</sup> Bis Ende 2005 gilt in Österreich bei grober Fahrlässigkeit maximal das Fünffache des Betrages, welcher bei leichter Fahrlässigkeit Anwendung findet.<sup>152</sup> Wenngleich es zunächst als eher unwahrscheinlich erscheinen mag, dass den Revisoren eine Haftungserleichterung gewährt wird, welche über die leichte Fahrlässigkeit hinaus geht, können tradierte Haftungsmuster in einer internationalen Optik auch nicht ohne Weiteres als in Stein gemeisselt gelten.

Wer für die Revisionshaftung einen bestimmten Höchstbetrag propagiert, dem schlägt bisweilen harsche Kritik entgegen: von ungerechtfertigter Privilegierung ist die Rede, und lakonisch wird angeführt, dass es sich bei anderen Berufsgattungen dann wohl ähnlich verhalten müsste. Diese Betrachtungsweise verkennt den Gesamtzusammenhang, in dem sich diese Diskussion abspielen muss. Eine systematische Betrachtung auf der Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Realität, welche das faktisch limitierte Haftungssubstrat der geschäftsführenden Organpersonen dem vergleichsweise üppigeren Substrat der Revisoren gegenüberstellt<sup>153</sup>, macht die Haftungsbeschränkung zu Gunsten der Revisoren verständlicher und rückt Kritik ins richtige Licht. In dieser Perspektive ist die Haftungsbeschränkung zu Gunsten der Revisoren ein Mittel zur Ausgleichung struktureller Ungleichgewichte in der Aktiengesellschaft.

144 Zu diesen «principal terms» gehören gemäss Draft Q65 Abs. 3: (a) the kind (or kinds) of acts or omissions covered, (b) any period during which, or any financial year in relation to which, acts or omissions are covered, or (c) the amount to which the auditor's liability is limited; nun Section 519 Abs. 4 (FN 141).

145 UK Company Law Reform (FN 142), S. 26.

146 Vgl. Art. 727b Abs. 1 OR; Art. 2 lit. e FusG.

147 Vgl. für Publikumsgesellschaften Ziff. 8.2 der SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance, wonach die Summe der Revisionshonorare, welche die Revisionsgesellschaft während des Berichtsjahres in Rechnung gestellt hat, offen zu legen ist.

148 So BGE 115 II 479.

149 So das Konzept, wie es offenbar unserem Justizminister vorschwebt (Neue Zürcher Zeitung, 29./30. Oktober 2005, S. 25).

150 Dazu schon oben unter III.

151 Vgl. den geänderten § 275 Abs. 2 HGB.

152 § 275 Abs. 2 des österreichischen HGB, gültig bis 31. Dezember 2005.

153 Dazu schon unter V.I. am Anfang.

## b) Haftungsuntergrenze

Überlegungen zur Verhältnismässigkeit der Revisionshaftung lassen sich nicht nur hinsichtlich einer Haftungsoberlimite («Cap»), sondern auch einer Haftungsunterlimite («Floor») anstellen. Bei vernünftiger Betrachtung sind die Revisoren Wächter für den «worst case». Ist vor diesem Hintergrund ein «burden-sharing» zwischen Aktionären und Gläubigern einerseits und den Revisoren andererseits anzustreben? Die Aktionäre wählen den Verwaltungsrat. Hier gilt «Trau schau wem», weshalb man den Aktionären immer wieder sagt, dass sie denjenigen Verwaltungsrat haben, den sie verdienen. Derselbe Grundsatz gilt letztlich auch für die Gläubiger; und zudem verfügen sie im Kontakt mit der Gesellschaft über vertragliche Gestaltungsmittel, um sich gegen Verluste abzusichern, etwa mittels Garantie einer Konzernmuttergesellschaft oder einer Bank. Da die Revisionshaftung stets eine Fehlleistung geschäftsführender Organpersonen voraussetzt, und diese Organpersonen durch die Aktionäre und Gläubiger zu evaluieren sind, lässt sich über ein Schaden-«Splitting» nachdenken, welches die Verantwortlichkeitskläger in die Schadenstragung einbindet. Sofern geschäftsführende Organpersonen fehlerhaft agieren, liesse sich seitens der Aktionäre und der Gläubiger eine Art pauschaliertes «Auswahlverschulden» berücksichtigen, was letztlich zu einem «Selbstbehalt» von Aktionären und Gläubigern führen würde. Für eine Haftungsunterlimite spricht auch folgende Überlegung: Die Revisoren sind als «Treuhand» der Aktionäre berufen, bei einem schadenstiftenden Ereignis möglichst schnell einzuspringen, um damit weiteren Schaden zu verhindern. Andernfalls müssen sie infolge eigener Pflichtverletzung einen Schaden liquidieren. Die Revisionsstelle stellt damit in einem weiteren Sinne eine Art «gesellschaftsrechtliche Versicherungslösung» für die aktivlegitimierten Aktionäre und Gläubiger sowie die Gesellschaft dar. Wer sich versichert, tut dies in der Regel mit Selbstbehalt, weil ansonsten die Kosten der Versicherungsdeckung überproportional ansteigen. Diese Kosten trägt zunächst die Gesellschaft und letztlich der Aktionär, was es in einer Zeit tendenziell steigender Revisionshonorare besonders zu beachten gilt.

Nach dem Gesagten würden die Revisoren also nicht mehr ab dem ersten Schadenfranken haftbar, sondern es bestünde eine untere Haftungslimite, eine *Haftungsfreigrenze*. Sie liesse sich als absoluter Betrag je nach Grösse der zu prüfenden Gesellschaft festlegen. Zusammen mit einem maximalen Haftungsbetrag<sup>154</sup> bestünde ein *Haftungsband* der Revisoren. Im Lichte von Art. 100 Abs. 1 OR liesse sich die Anwendbarkeit einer Haftungsuntergrenze auf leichte Fahrlässigkeit der Revisoren beschränken. Ein Haftungs-«Floor»

<sup>154</sup> Dazu oben unter V.2.a.

für die Revisoren: eine realistische Variante? Derzeit wohl bestenfalls Stoff für eine kontroverse Diskussion.

## 3. Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Absicht

Bereits oben unter IV.6. wird dargelegt, dass die Revisoren in der Aktiengesellschaft im «zweiten Glied» stehen und damit nach dem Konzept unseres Aktienrechts entsprechend weiter weg von Fehlerquellen als die geschäftsführenden Organpersonen. In einer Art «Schalenmodell» ergibt sich in erster Linie eine Haftung der geschäftsleitenden Organpersonen, wenn ein Durchschnittsmensch unter den gegebenen Umständen von einer konkreten Gefahr der Schädigung ausgehen musste.<sup>155</sup> Erst in zweiter Linie greift die Haftung der Wirtschaftsprüfer, welche nach den tatsächlichen Verhältnissen auf *offensichtliche* Mängel im Rahmen des Prüfungsauftrages beschränkt wäre.<sup>156</sup> Damit wird der Stellung des Revisors im Kontrollsystem der Gesellschaft Rechnung getragen. Sein Verhältnis zu schadenstiftenden Ereignissen ist, wie erwähnt, distanzierter als dasjenige der Geschäftsführungsorgane. Dies muss sich in einem verminderten Sorgfaltsstandard bei der Erkennung von Risiken auswirken. Unter der Revisionshaftung führt dies zur Reduktion der Verantwortlichkeit auf *grob-fahrlässige und absichtliche Fehlleistungen* des Revisors. Der Wirtschaftsprüfer würde nach dieser Konzeption also nicht mehr für jedes Verschulden haften. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, «wenn elementare Vorsichtspflichten missachtet wurden, die sich unter den gegebenen Umständen jedem vernünftigen Menschen (Revisor) aufdrängen mussten».<sup>157</sup> Grobfahrlässigkeit setzt demnach voraus, dass ein schadenstiftendes Ereignis offensichtlich ist und dem Revisor im Rahmen der Prüfung geradezu hätte in die Augen springen müssen.

Das Offensichtlichkeitskriterium findet sich bereits im Gesetz. Falls der Verwaltungsrat die Benachrichtigung des Richters infolge Überschuldung der Gesellschaft unterlässt, ist die Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR ersatzweise zur Anzeige verpflichtet. Die Anzeigepflicht besteht für den Revisor nach dem Wortlaut des Gesetzes aber lediglich bei *offensichtlicher* Überschuldung. Die Botschaft des Bundesrates zur Aktienrechtsrevision von 1991 führt dazu aus, dass eine Überschuldung in vielen Fällen eine Bewertungsfrage sei, bei der man in guten Treuen geteilter Meinung sein könne.<sup>158</sup> Dies trifft aller-

<sup>155</sup> Vgl. bei FN 114.

<sup>156</sup> Dazu schon unter IV.6., nach FN 118.

<sup>157</sup> So allgemein BGE 107 II 167.

<sup>158</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, S. 745 ff., zit. nach Separatdruck, S. 103.

dings nicht bloss auf das Vorliegen der Voraussetzungen einer Überschuldungsanzeige zu. Der Gesetzgeber hat in Art. 729b Abs. 2 OR deshalb einen Gedanken niedergelegt, welcher der Verallgemeinerung zugänglich ist. Indem die Haftung des Wirtschaftsprüfers unter Art. 755 OR nur noch bei offensichtlichen schadenstiftenden Ereignissen greifen soll, wird die Revisionsstelle im Kontrollsystem der Gesellschaft angemessen positioniert. Man darf nicht vergessen, dass wirklich kontrollieren nur derjenige kann, der auch tatsächlich dabei war. Indem das Gesetz den Revisor in eine unabhängige Position ausserhalb des Verwaltungsrates und fern der Geschäftsführung zwingt, erfährt das Spektrum der Vorwerfbarkeit von Fehleinschätzungen prüfungsrelevanter unternehmerischer Risiken durch die Revisionsstelle als Ausfluss des Verschuldensprinzips zwangsläufig eine markante Einschränkung.

Kritiker werden sagen, dass entgegen der hier vertretenen Auffassung sowohl bei der Geschäftsführungs- als auch bei der Revisionshaftung die blosser Erkennbarkeit eines schadenstiftenden Ereignisses die Haftung begründe, weil sich das konkrete Mass der Haftung aus den spezifischen Aufgaben der Geschäftsführer und der Revisoren ergebe. Diese Auffassung neigt zu isolierter Betrachtungsweise der verschiedenen Kontrollorgane, wogegen die hier vertretene Meinung – ganz im Sinne einer umfassenden Corporate Governance – versucht, die einzelnen Kontrollinstanzen zueinander in Beziehung zu setzen und damit das Kontrollsystem der Aktiengesellschaft als Ganzes zu beschreiben. Und in dieser auf das gesamte Kontrollsystem gerichteten Optik ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Erkennbarkeit schadenstiftender Ereignisse eben zwangsläufig die dargelegte Haftungsabstufung zwischen den Geschäftsführungsorganen, welche für jedes Verschulden haften, und der Revisionsstelle, bei welcher die Haftung Grobfahrlässigkeit voraussetzt.

Im Rahmen der Revision des Aktienrechts von 1991 hat man den Versuch unternommen, die Geschäftsführungshaftung (Art. 754 OR) auf grobfahrlässige und absichtliche Fehlleistungen zu beschränken, und ist damit gescheitert.<sup>159</sup> Da der Verwaltungsrat und das Management dazu berufen sind, die unternehmerischen Risiken abzuwägen und zu kontrollieren, wurde diese Einschränkung als zu weitgehend empfunden.<sup>160</sup> Der Abschlussprüfer ist im Rahmen seines Prüfungsauftrages, wie nun bereits mehrmals erwähnt wurde, *indirekt* mit den unternehmerischen Risiken konfrontiert. So muss er etwa Bewertungen des Verwaltungsrates aus zeitlicher und sachlicher Distanz zu

den betroffenen Sachverhalten überprüfen, was das Risiko einer Fehleinschätzung erheblich erhöht. Die Haftungsbeschränkung auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit erscheint für den Abschlussprüfer im Vergleich zu den Geschäftsführungsorganen deshalb als eher begründbar, solange wir nicht an den Grundstrukturen der Aktiengesellschaft rütteln.<sup>161</sup> Allerdings wissen wir aus anderen Rechtsgebieten, dass die Beschränkung der Haftung auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit in ihren praktischen Auswirkungen keineswegs überschätzt werden darf.<sup>162</sup> Eine solche Haftungsbeschränkung für die Revisoren wäre allerdings ein wichtiges Signal an die Berichtsadressaten und die Gerichte, dass der Umgang mit den unternehmerischen Risiken durch den Abschlussprüfer ein quantitativ und qualitativ anderer ist als derjenige der Geschäftsführungsorgane. In Fachkreisen mag dies als Selbstverständlichkeit erscheinen. Unter dem Gesichtspunkt des *Expectation Gap* gilt es dies allerdings immer wieder in Erinnerung zu rufen. Die Erwartungslücke müsste sich infolge der Beschränkung der Revisionshaftung auf grobe Fahrlässigkeit und Absicht denn auch spürbar vermindern.<sup>163</sup>

#### 4. Subsidiäre Haftung der Revisionsstelle

Bereits mehrmals wurde darauf hingewiesen, dass die Revisoren hinsichtlich der Beurteilung prüfungsrelevanter Geschäftsrisiken hinter den geschäftsführenden Organpersonen im zweiten Glied stehen.<sup>164</sup> Wieso also nicht eine subsidiäre Haftung der Revisoren nach den geschäftsführenden Organen? Die Idee erscheint zunächst als konsequente Umsetzung des «Schalenmodells» im Verantwortlichkeitsrecht.<sup>165</sup> Der praktische Nutzen für die Revisoren erscheint indessen als fraglich. Einerseits könnte die subsidiäre Haftung der Revisionsstelle die gesamte Verfahrensdauer verdoppeln, was nicht im Interesse der Revisoren liegt. Und andererseits müsste die Eintrittsschwelle in den Zweitprozess gegen die Revisoren in mehrfacher Hinsicht hoch sein. Soweit sich die geschäftsführenden Organpersonen «billig» durch Vergleich «loskaufen» könnten und ihr Haftungssubstrat im Vergleich zur geltenden Regelung nicht an Attraktivität zulegen würde<sup>166</sup>, liesse sich das Haftungspotential

161 Vgl. insbesondere Art. 716a OR.

162 Vgl. Art. 52 AHVG, welcher die Haftung für die Ablieferung der Beiträge an die AHV-Ausgleichskasse auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, und hierzu BGE 114 V 219 II., der «hohe Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt eines Verwaltungsrates» stellt.

163 So schon Urs BERTSCHINGER, Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, ST 1999, S. 920.

164 Vgl. unter IV.6.

165 Zu dieser Figur schon unter V.3.

166 Dazu sogleich unter V.5.

159 Amtliches Bulletin Ständerat 1988 I, S. 524. Konkret wurde vorgeschlagen, die Geschäftsführungsorgane gegenüber den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern nur für absichtliche und grobfahrlässige Verletzung ihrer Pflichten haften zu lassen.

160 Vgl. das Votum von HEFTI, wonach «die Beschränkung auf absichtlich- und grobfahrlässig» eine zu grosse Einschränkung der Haftung» wäre (Amtliches Bulletin Ständerat 1988 I, S. 525).

seitens der Revisoren mit einer bloss subsidiären Haftung nicht spürbar verringern. Das Damoklesschwert würde letztlich gleichermassen über den Revisoren schweben, und zudem wäre die Situation für die Revisoren insofern problematischer, als unter den nunmehr gängigen «Claims made»-Policen die Versicherungsdeckung bei Beginn des «Subsidiärprozesses» gegen die Revisoren oftmals bereits abgelaufen wäre.<sup>167</sup> Die subsidiäre Haftung der Revisoren erscheint somit nicht als gangbarer Weg.

### 5. Regulierung des Verwaltungsrates

Die Revisoren haben die kostspielige Erfahrung machen müssen, ein weit attraktiveres Haftungssubjekt darzustellen als die geschäftsführenden Organpersonen. In der Praxis orientiert sich die Haftungsdiskussion wesentlich am Haftungssubstrat der Wirtschaftsprüfer, welche über «deep pockets» verfügen, die bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in der Regel nicht vorhanden sind. Es ist deshalb nur zu verständlich, dass die Revisoren versuchen, die geschäftsführenden Organpersonen vermehrt in den Fokus des Gesetzgebers zu bringen. Ein Vorschlag verlangt die *Versicherungspflicht* mit Mindestdeckung für die Mitglieder von Verwaltungsräten.<sup>168</sup> Wenngleich diese Auffassung zunächst als logische Konsequenz unterschiedlicher «Spiesse» der geschäftsführenden Organpersonen und der Revisoren erscheint, vermag eine gesetzliche Versicherungspflicht für Verwaltungsräte in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen. Zunächst kann uns kaum daran liegen, die «Versicherungsspirale» weiter anzukurbeln. Da die Prämien für die Versicherungsdeckung von geschäftsführenden Organpersonen mittler-

weile anerkanntermassen durch die Gesellschaften getragen werden<sup>169</sup>, würde sich damit lediglich die Unternehmensführung verteuern, was letztlich zu Lasten der Aktionäre zu Buche schlägt. Bei vielen Gesellschaften ist auch kaum davon auszugehen, dass sich die Verwaltungsräte ausreichend Versicherungsdeckung beschaffen könnten, um für Kläger attraktiver zu werden. Eine gesetzliche Versicherungspflicht für die geschäftsführenden Organpersonen würde zudem vermehrt Pflicht und Verantwortung auseinander fallen lassen, und die Verantwortung wäre aus dem engeren Kontext der Gesellschaft ausgelagert: «moral hazard» wäre eine denkbar Folge, zumal wir bei den Verwaltungsräten noch keine allgemeine gesetzliche Qualitätskontrolle kennen.<sup>170</sup> Die gesetzliche Versicherungspflicht für geschäftsführende Organpersonen entspräche einem regulatorischen Klimmzug, dem aus Sicht der Haftung der Revisoren wahrscheinlich ein eher dürftiges Ergebnis gegenüber stünde.

Das Regulierungsgefälle zwischen den geschäftsführenden Organpersonen und der Revisionsstelle ist mittlerweile eklatant. Ob die anstehende Aktienrechtsrevision<sup>171</sup> hier angemessen Remedur schaffen kann, ist zu bezweifeln. Jedenfalls hat die Arbeitsgruppe «Corporate Governance» seitens des Verwaltungsrates einstweilen nur moderat nachgelegt, wobei eine Regelung für Interessenkonflikte noch am stärksten hervorsteht.<sup>172</sup> Die *Gewähr und Disqualifikation von Verwaltungsräten* ist eine der wirklich griffigen Regelungen, über die wir im Recht des Verwaltungsrates noch nachdenken müssen.<sup>173</sup> Denkbar wäre, wie der Schreiber schon früher ausgeführt hat, dass die *Revisionsaufsichtsbehörde im Gewande einer Corporate Governance Aufsichtsbehörde* auf Anzeige hin die Erfüllung der Gewähr geschäftsführender Organpersonen zu beurteilen hätte.<sup>174</sup> Damit würde ein Beitrag zur Aus-

167 Die «Claims made»-Policen setzen voraus, dass der Anspruch im Rahmen der Versicherungsdauer geltend gemacht wird, massgeblich ist also nicht der Zeitpunkt des schadenstiftenden Ereignisses, sondern der Geltendmachung des Anspruches, dazu THIERRY LUTERBACHER, *Haftpflichtversicherung für die Revisionsstelle*, ST 2004, S. 446.

168 GIORGIO BEHR, *Revisionsaufsicht*, in: Robert Waldburger u. a. (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht* zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 4, der auch darauf hinweist, dass die Höhe der Versicherungsprämie erste Indizien zur Qualität der Verwaltungsräte liefern würde; RICO A. CAMPONOVO, *Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur*, ST 2004, S. 72, wo eine Deckungssumme von mindestens CHF 500 000.– verlangt wird, die zusätzlich von der Höhe des Fremdkapitals abhängen müsste, «so dass bei grossen Gesellschaften Summen über CHF 10 Mio. pro Person versichert werden». Nach diesem Vorschlag wäre die Versicherungspflicht bei relevanten Eintragungen durch das Handelsregister und jährlich durch die Revisionsstelle zu prüfen. Eine Beschränkung der Versicherungspflicht auf mittlere und grosse Gesellschaften wäre gemäss CAMPONOVO denkbar. Dieser Autor kommt zum Schluss, dass sich «die Misere» ohne politische Massnahmen nicht beheben lasse.

169 Das einstige Argument, die Organhaftpflichtversicherung heble die Organhaftung und damit ein Strukturelement der Aktiengesellschaft aus, ist insofern unberechtigt, als die Versicherung der Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche dient, vgl. zum ganzen DANIEL DAMSIEK, *Versicherung, Prozesskostensersatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen*, in: Hans Caspar von der Crone u. a. (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 523 ff.

170 Dazu sogleich im nächsten Abschnitt.

171 Vgl. unter V. am Anfang.

172 Vgl. Art. 717a E-OR: «<sup>1</sup>Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung legen dem Vorsitzenden Interessenkonflikte rechtzeitig und vollständig offen. <sup>2</sup>Der Verwaltungsrat ergreift die Massnahmen, die zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses nötig sind und leitet die Schritte ein, um den Interessenkonflikt zu lösen. Er fasst ohne die betroffene Person Beschluss über deren Ausstandspflicht» (BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, FN 125).

173 Auch gemäss der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» (FN 125), S. 164 f., ist dieser Aspekt weiter zu verfolgen.

174 Vgl. URS BERTSCHINGER, *Wie weiter im Aktienrecht*, in: Peter Forstmoser u. a., *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 225 ff.

gleichung des bestehenden regulatorischen Ungleichgewichtes zwischen den geschäftsführenden Organpersonen und den Revisoren geleistet.

## 6. Tarifkontrolle

Art. 25 des ersten Entwurfes zur EU-Prüferrichtlinie<sup>175</sup> verlangte von den Mitgliedstaaten, dass die Revisionshonorare eine einwandfreie Prüfungsqualität ermöglichen. Zwar ist dieses Erfordernis mittlerweile wieder entfallen<sup>176</sup>, doch bleibt die Frage nach dem vernünftigen Preisbildungsmechanismus. Revisionsmandate werden gemäss Branchenvertretern immer noch über einen harten Preiskampf vergeben und gleichzeitig vermindern sich bei den Wirtschaftsprüfern als Folge gesteigerter Anforderungen an die Unabhängigkeit die Möglichkeiten zur Quersubventionierung, da sie sich lukrativer Zusatzverdienste, insbesondere im Management Consulting, entäussert haben. Offenbar werden die Mehrkosten der Prüfung durch die Kunden international unterschiedlich und in der Schweiz eher ablehnend aufgenommen.<sup>177</sup> Braucht es zum Zwecke der Qualitätssicherung in der Abschlussprüfung eine staatliche Tarifgenehmigung, wie wir sie im Bankenrecht kennen? Gemäss Art. 22 Abs. 1 BankG richten sich die Kosten nach den von der Eidgenössischen Bankkommission genehmigten Tarifen. Die Vereinbarung einer Pauschalentschädigung oder eines bestimmten Zeitaufwandes für die Revision ist untersagt (Art. 42 Abs. 2 BankV).<sup>178</sup> Hinsichtlich einer Tarifgenehmigung, insbesondere für die Revision von Publikumsgesellschaften, müssen wir die Situation sicherlich im Auge behalten. Für eine definitive Einschätzung ist es wohl noch zu früh. Es ist auch kaum anzunehmen, dass sich eine Tarifgenehmigung zusammen mit einer Haftungserleichterung<sup>179</sup> realisieren liesse, dürften die politischen Widerstände gegen einen staatlichen Eingriff in die Preisbildung doch erheblich sein.

175 Vgl. FN 17.

176 Vgl. die konsolidierte Fassung des Entwurfes der EU-«Prüferrichtlinie» vom 1. Dezember 2004.

177 Finanz und Wirtschaft, 27. März 2004, S. 26, wo ein Vertreter einer grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verlauten lässt, dass die Schweizer und die Deutschen im Unterschied zu den Angelsachsen weitgehend noch nicht bereit seien, die Mehrkosten der Prüfung zu bezahlen.

178 Vgl. HANS GÄGER, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Art. 18–22, N 92, wo er die Regelung damit erklärt, dass nicht unter Konkurrenzdruck unzureichende Revisionen durchgeführt werden sollen.

179 Dazu oben, insbesondere V.2.a.

## VI. Ausblick

Die Juristen sind zu ständigen Begleitern der Revisoren geworden. Sicherlich ist die Abschlussprüfung auch weiterhin in erster Linie eine praxisorientierte Angelegenheit. Der Wirtschaftsprüfer ist aber mit einer zunehmenden Verantwortlichung seines Tätigkeitsfeldes konfrontiert. Zudem wird sein Arbeitsergebnis vermehrt einer rechtlichen Beurteilung unterzogen. Diese Faktoren führen für den Wirtschaftsprüfer zu einer merklichen Erhöhung des Haftungsrisikos. Somit steht der Abschlussprüfer in Zukunft vermehrt vor dem Dilemma, dass er in der Akquisition und der Betreuung von Kunden kulant, in der Berichterstattung aber eher streng sein sollte, um sich haftungsmässig nicht zu exponieren. Dieses Spannungsverhältnis muss der Wirtschaftsprüfer auch weiterhin ohne Hilfe des Gesetzgebers bewältigen. Gefragt ist die Charakterstärke des Wirtschaftsprüfers und damit seine innere Unabhängigkeit. Daran ändert sich selbst dann nichts, wenn wir tatsächlich in der Lage sein sollten, einen politischen Willen zu bilden, welcher das derzeitige Haftungs-malaise der Revisoren mildert.

Unlängst wurde in einer Standortbestimmung der Branche der Wirtschaftsprüfer davon gesprochen, es sei das «*Zeitalter der Kontrolle*» angebrochen.<sup>180</sup> Begründet wird dies damit, dass das interne Kontrollsystem in Zukunft zum Prüfungsgegenstand der externen Revisionsstelle werden soll. Heute wissen wir, dass dies eigentlich nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht.<sup>181</sup> Es gilt nun abzuwarten, ob die Prüfer die IKS-Kontrolle auf Basis der Prüfungsstandards auf einen höheren Level setzen. Eine Wirksamkeitskontrolle der Revisoren hinsichtlich der unternehmensinternen Kontrollsysteme stünde zweifelsohne im Dienste erhöhter Aussagekraft des Prüfer-testates. Dabei darf man allerdings nicht vergessen: die IKS-Kontrolle ist ein «heisses Eisen».<sup>182</sup> Wir brauchen die Revisoren, hoffentlich schaufeln sie sich nicht selbst das Grab!

180 Interne Kontrolle in der Schweiz. Eine aktuelle Standortbestimmung, KPMG Schweiz 2005, S. 66.

181 Dazu oben IV.2.a.

182 Vgl. dazu ein Beispiel unter IV.7. am Anfang.

**3. Europäischer Juristentag**

Koordination des Grundrechtsschutzes  
Gemeineuropäisches Zivilprozessrecht  
Verantwortlichkeit der Gesellschafts- und Aufsichtsorgane

**3<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens**

Coordination de la protection des droits fondamentaux  
Droit de procédure civile commun en Europe  
Responsabilité des organes de la société et de surveillance

**3<sup>rd</sup> European Jurists' Forum**

Coordination of the Protection of Fundamental Rights  
Common European Law of Civil Procedure  
Responsibility of Corporate and Supervisory Organs