

## Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Mit Bemerkungen von lic. iur. Tatjana Linder und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### BGer vom 18. April 2007 – 4C.436/2006: Unterlassen der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

#### III. Bemerkungen

- A Überschuldungsanzeige durch die aktienrechtliche Revisionsstelle**
  1. Offensichtliche Überschuldung
  2. Ausnahmen von der Anzeigepflicht
- B Verantwortlichkeit der Revisionsstelle**
  1. Typische Fälle
  2. Haftungsbeschränkung und Ausblick aufs neue Recht

### BGer vom 26. April 2007 – 4C.45/2006: Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Revisionsstellenwahl

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

- A Informationsrechte als Schutzrechte des Aktionärs**
- B Rechtsschutzinteresse**

#### III. Bemerkungen

- A Die Rolle der Revisionsstelle in der Aktiengesellschaft**
  1. Bedeutung für den Verwaltungsrat
  2. Bedeutung für die Aktionäre
- B Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle**
  1. Sinn und Zweck
  2. Gesetzliche Regelung der Unabhängigkeit

### BGer vom 18. April 2007 – 4C.436/2006: Unterlassen der Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle

Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 4.C.436/2006 vom 18. April 2007 i.S. X (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen A, B und C (Beklagte und Berufungsbeklagte).

\* Tatjana Linder ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

#### I. Sachverhalt

Die Beklagten A und B waren Mitglieder des Verwaltungsrates der D AG, die Beklagte C deren Revisionsstelle. Im Dezember 1993 wurde über die D AG der Konkurs eröffnet. Die X AG wurde mit einer Forderung von CHF 1 750 000 kolliert. Der Beklagte A wurde ebenfalls kolliert mit einem Betrag von CHF 3 706 717. Die X AG und der Beklagte A liessen sich im März 1996 die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen von der Konkursverwaltung abtreten.

Im Juni 1996 reichte die Klägerin X AG vor dem Bezirksgericht Schwyz eine Verantwortlichkeitsklage ein. Den Beklagten A und B warf sie unter anderem vor, sie hätten eine zusätzliche Verschuldung der D AG dadurch bewirkt, dass der Konkurs zu spät eröffnet worden sei. Der Beklagten C wurde dagegen eine Verletzung ihrer Prüfungs- und Meldepflichten vorgeworfen.

Das Bezirksgericht bejahte grundsätzlich die Haftung der Beklagten A und B aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, liess aber die Verrechnung mit einem vom Beklagten A gewährten Darlehen zu, so dass die Klage abgewiesen wurde. Das Kantonsgericht kam ebenfalls zum Schluss, dass die Beklagten A und B ihrer Pflicht, bei einer Unterbilanz die notwendigen Sanierungsmassnahmen zu ergreifen und den Richter zu benachrichtigen, nicht in genügendem Masse nachgekommen sind. Der Schadenersatz wurde allerdings gestützt auf Art. 43 und Art. 44 OR herabgesetzt und die Verrechnung mit der Darlehensforderung des Beklagten A auch vom Kantonsgericht zugelassen. Die behauptete Pflichtverletzung der beklagten Revisionsstelle C verneinte das Kantonsgericht ebenso wie bereits das Bezirksgericht.

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung am 11./13. Dezember 2006, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Beklagten solidarisch zur Zahlung von CHF 750 000 zu verpflichten.

Vorliegend interessieren in erster Linie die Erwägungen des Bundesgerichts in Bezug auf die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle (Beklagte C).

Gemäss Art. 729b Abs. 2 OR ist die Revisionsstelle verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen,

wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat eine entsprechende Anzeige pflichtwidrig unterlässt. Diesbezüglich hält das Bundesgericht fest, dass diese Bestimmung den Schutz der Gläubiger und der Allgemeinheit bezweckt, indem sie ein Hinauszögern des Konkurses und damit insbesondere eine weitere Überschuldung verhindern soll.<sup>1</sup> In Ausnahmefällen darf gemäss Rechtsprechung von der Anzeige abgesehen werden, wenn Aussichten für eine kurzfristig realisierbare Sanierung bestehen und sich diese nicht bloss als vage Hoffnungen erweisen.<sup>2</sup> In einer solchen Situation soll es möglich sein, durch einen Rangrücktritt die Benachrichtigung des Richters zu vermeiden.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Fall konnte der Rangrücktritt die Überschuldung nicht beseitigen. Trotzdem erachtet das Bundesgericht das Unterlassen der Revisionsstelle als zulässig. Der Beklagte A hatte der Gesellschaft erhebliche Mittel zur Verfügung gestellt und die Revisionsstelle konnte davon ausgehen, dass der Verwaltungsrat geeignete Massnahmen ergreifen und allenfalls die Übernahme der Gesellschaft durch eine andere in die Wege leiten werde. Die Revisionsstelle durfte gemäss Bundesgericht jedenfalls bis zum Scheitern der Übernahmeverhandlung ohne Verletzung ihrer Pflicht gemäss Art. 729b Abs. 2 OR auf die Benachrichtigung des Richters verzichten.<sup>4</sup>

### III. Bemerkungen

#### A Überschuldungsanzeige durch die aktienrechtliche Revisionsstelle

##### 1. Offensichtliche Überschuldung

Die Aufgaben der Revisionsstelle umfassen in erster Linie die Prüfung der Buchführung, der Jahresrechnung und des Antrags des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinnes. Daran schliesst sich eine Berichterstattung an die Generalversammlung an. Geschäftsführungsaufgaben hat die Revisionsstelle nur ausnahmsweise wahrzunehmen, so beispielsweise die Anzeigepflicht nach Art. 729b

Abs. 2 OR,<sup>5</sup> wonach die Revisionsstelle verpflichtet ist, bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft den Richter zu benachrichtigen. Diese Anzeigepflicht stellt primär eine unübertragbare Geschäftsführungsaufgabe des Verwaltungsrates dar (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Der Revisionsstelle fällt diese Aufgabe erst als ultima ratio, d.h. subsidiär zu, wenn der Verwaltungsrat untätig bleibt und die Überschuldung offensichtlich ist,<sup>6</sup> während der Verwaltungsrat bereits bei «normaler» Überschuldung die Anzeige vorzunehmen hat (Art. 725 Abs. 2 OR). Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle wurde 1992 eingeführt, weil der Bundesrat gemäss Botschaft Konkursverschleppungen verhindern wollte. Die Praxis hatte bis dahin gezeigt, dass der Verwaltungsrat geneigt ist, den Gang zum Konkursrichter so weit wie möglich hinauszuschieben. Einerseits kann dies auf übersteigerten Optimismus zurückgeführt werden oder aber auf das Interesse des Verwaltungsrates, einen Konkurs und damit das schlagartig steigende Risiko einer Verantwortlichkeitsklage zu vermeiden. Dieses Hinausschieben birgt die Gefahr, dass die Überschuldung und damit ein allfälliger Gläubigerausfall noch stark vergrössert wird.<sup>7</sup> Aus der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich auch, dass mit der Anzeigepflicht der Revisionsstelle nicht nur die Gläubiger der Gesellschaft, sondern auch Dritte, ja sogar der Rechtsverkehr an sich, geschützt werden sollen.<sup>8</sup> Es soll verhindert werden, dass überschuldete, nicht mehr lebensfähige Gesellschaften im Wirtschaftskreislauf verbleiben und allenfalls neue Geschäftspartner bzw. neue Gläubiger dadurch ebenfalls geschädigt werden könnten.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Art. 728c Abs. 3 nOR bzw. Art. 729c nOR.

<sup>6</sup> *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 33 N 92 ff.; *Géraldine Sarah Kipfer*, Sorgfaltspflichten der Revisionsstelle in finanziellen Krisen der AG, ST 2005, S. 161; *Peter Forstmoser*, Den Letzten beissen die Hunde – Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Jürg-Beat Ackermann et al. (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, FS Niklaus Schmid, Zürich 2001, S. 496.

<sup>7</sup> Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., S. 847, 932.

<sup>8</sup> BGer 4C.436/2006, Erw. 4.1; BGE 127 IV 110 publiziert in: Pra 2002, S.145 ff.

<sup>9</sup> *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 15 N 186; *Alexander Brunner*, Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung, ST 1994, S. 930.

<sup>1</sup> BGer 4C.436/2006, Erw. 4.1.

<sup>2</sup> BGer 4C.436/2006, Erw. 4.1; BGE 132 III 460; 116 II 533.

<sup>3</sup> BGer 4C.436/2006, Erw. 4.1; BGE 129 III 129.

<sup>4</sup> BGer 4C.436/2006, Erw. 4.4.

Im vorliegenden Fall wird sowohl dem Verwaltungsrat als auch der Revisionsstelle eine solche Verschleppung durch Unterlassen der Anzeige an den Konkursrichter vorgeworfen.<sup>10</sup>

Will die Revisionsstelle ihrer gesetzlichen Anzeigepflicht nachkommen, hat sie sich die wichtige Frage zu stellen, wann eine offensichtliche Überschuldung gegeben ist. Diese Frage wurde ebenfalls in der Botschaft von 1983 beantwortet, indem festgehalten wird, dass eine offensichtliche Überschuldung vorliegt, wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermöchten und keine Rangrücktritte erfolgt seien. Das heisst, dass sich die Überschuldung auch bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen liesse.<sup>11</sup> Trotz dieses an sich klaren Wortlauts ergeben sich in der Praxis offenbar vermehrt Probleme, was die Offensichtlichkeit und damit die Pflichtenverteilung zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle angeht.<sup>12</sup> Was muss die Revisionsstelle beispielsweise unternehmen, wenn sie bei der Prüfung der Jahresrechnung eine desolante Finanzlage der Gesellschaft vorfindet, diese aber noch nicht offensichtlich überschuldet ist? Die Rechtsprechung hat für diesen Fall konkretisierend festgehalten, dass die Revisionsstelle nicht gehalten sei, die Buchführung und Rechnungslegung laufend zu überprüfen, um den Moment des Eintritts der offensichtlichen Überschuldung nicht zu verpassen. Sie kann im Normalfall den nächsten ordentlichen Prüfungstermin abwarten, um die Lage neu zu beurteilen.<sup>13</sup> Dies ergibt sich auch aus der Systematik des Gesetzes, das die Anzeigepflicht direkt im Anschluss an die jährlichen Prüfungs- und Berichterstattungspflichten nennt.<sup>14</sup> Anderes kann nur gelten, wenn sie von kompetenter Stelle aus der Unternehmung Informationen betreffend offensicht-

licher Überschuldung erhält. Dann sollte sie, um allfällige Verantwortlichkeitsklagen zu vermeiden, den Verwaltungsrat mahnen und allenfalls mit einer Überschuldungsanzeige drohen.<sup>15</sup> Die Rechtsprechung hat die Offensichtlichkeit der Überschuldung ausserdem dahingehend konkretisiert, dass sie bereits bei betragsmässig beschränkter Überschuldung gegeben sein kann.<sup>16</sup>

Des Weiteren stellt sich die Frage, wer das letzte Wort haben soll, wenn der Verwaltungsrat eine Überschuldung verneint, während die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat eine Überbewertung des Eigenkapitals vorhält und von einer offensichtlichen Überschuldung ausgeht. Konsequenterweise muss die Revisionsstelle als unabhängiges Kontroll- und Prüfungsorgan berechtigt sein, eine Überschuldungsanzeige anzubringen, auch wenn der Verwaltungsrat die Überschuldung abstreitet bzw. eine Anzeige zu verhindern versucht.<sup>17</sup> Wenn der Verwaltungsrat nicht mit der Revisionsstelle zusammenarbeiten will und ihr sogar wesentliche Informationen nicht zukommen lässt, ist die Revisionsstelle im Zweifel berechtigt, gestützt auf die ihr vorliegenden Zahlen oder allenfalls auf eine von ihr erstellte Zwischenbilanz, die Überschuldung beim Konkursrichter anzuzeigen.<sup>18</sup> Mangels übereinstimmender Ansichten des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle über das Vorliegen einer Überschuldung ist es denkbar, dass der Verwaltungsrat die anzeigewillige Revisionsstelle durch die in vielen Fällen von ihm dominierte Generalversammlung abwählen lässt.<sup>19</sup> Für diesen Fall muss die abgewählte Revisionsstelle allerdings zumindest für kurze Zeit zur Überschuldungsanzeige berechtigt

<sup>10</sup> BGer 4C.436/2006, Erw. 3.1 und 4.

<sup>11</sup> Botschaft zur Aktienrechtsrevision 1983 (Fn. 7), S. 932.

<sup>12</sup> Die Frage der Verantwortlichkeit nach Art. 754 bzw. 755 OR ist natürlich immer auch damit verbunden; *Rico A. Camponovo*, Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich? Konkretisierungsvorschlag zu den neuen Art. 729c bzw. 728c Abs. 3 nOR, ST 2005, S. 544.

<sup>13</sup> BGE 116 IV 130, Erw. 4b; 127 IV 110, Erw. 5a; *Kipfer* (Fn. 6), S. 160.

<sup>14</sup> *Rico A. Camponovo*, Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, Grundlagen, praktische Erfahrungen, Probleme, SZW 1996, S. 214.

<sup>15</sup> *Camponovo* (Fn. 12), S. 548.

<sup>16</sup> *Thierry Luterbacher*, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Lichte des nicht publizierten BGE vom 16. November 1999 (4C.117/1999), ST 2000, S. 1269.

<sup>17</sup> Ebenso: *Rico A. Camponovo*, Anzeige der offensichtlichen Überschuldung durch die Revisionsstelle, ST 2006, S. 383; a.A. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 6), § 33 N 93.

<sup>18</sup> *Irene C. Eggmann*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung in: *Peter Forstmoser* (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Zürich 1997, S. 160.

<sup>19</sup> *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 1 N 48; *Camponovo* (Fn. 12), S. 545; *Michael Krampf/Rolf Schuler*, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, S. 1062.

bleiben.<sup>20</sup> Der Gesetzgeber wollte ja gerade die Konkursverschleppung verhindern und auch Neugläubiger schützen, was nicht gelingen würde, wenn der Verwaltungsrat bzw. die Generalversammlung die Anzeige durch Abwahl der Revisionsstelle verhindern könnten.

Die Anzeigepflicht der Revisionsstelle wird auch in Zukunft Anlass zu Konflikten zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle geben. Dies vor allem, weil die Anzeigepflicht auch im revidierten Obligationenrecht das Kriterium der Offensichtlichkeit nennt.<sup>21</sup> Allerdings sollte bedacht werden, dass die Interessenlage der beiden Organe sich auch durchaus decken und nicht nur der Verwaltungsrat ein eigenes Interesse an der Verhinderung der Konkursöffnung haben kann. Schliesslich steigt das Risiko einer Verantwortlichkeitsklage auch für die Revisionsstelle mit der Konkursöffnung um ein Vielfaches an, löst doch das Eintreten der Konkursverwaltung das Problem des kollektiven Handelns, das zuvor einem Tätigwerden der Aktionäre entgegenstehen kann. Es können also durchaus beide Organe ein Interesse an der Vermeidung einer Konkursöffnung durch den Richter haben.

## 2. Ausnahmen von der Anzeigepflicht

Die Sanierung einer Gesellschaft in finanzieller Schieflage soll nicht durch die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle torpediert werden. Mit der Anzeigepflicht soll, wie bereits dargelegt wurde,<sup>22</sup> in erster Linie die Konkursverschleppung verhindert werden. Deshalb kann und muss es Ausnahmen von der Anzeigepflicht geben. Ein solcher Sachverhalt ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen: Die Anzeige muss nicht erfolgen, wenn es dem Verwaltungsrat innert der ihm gesetzten Frist gelingt, Rangrücktritte im Umfang der Überschuldung zu erwirken.<sup>23</sup> Ein Rangrücktritt ist jedoch keine Sanierungsmassnahme und kein Forderungsverzicht. Er vermag der notlei-

denden Gesellschaft weder liquiditätsmässig noch eigenkapitalmässig Erleichterung zu bringen.<sup>24</sup> Er bewirkt lediglich eine Subordination in der Abfolge der Gläubigerbefriedigung bei der Liquidation. Die Forderung verschwindet in diesem Sinne nicht aus der Bilanz der Gesellschaft und die Überschuldung bleibt rein rechnerisch bestehen.<sup>25</sup> Sinnvoll und verantwortbar ist ein Rangrücktritt demnach nur, wenn eine Überschuldung vorübergehender Natur ist oder eine Sanierung sich abzeichnet. Ein Rangrücktritt mit dem einzigen Ziel, eine Überschuldungsanzeige zu verzögern und eine Gesellschaft künstlich am Leben zu erhalten, entbindet den Verwaltungsrat nicht von seiner Pflicht, den Richter anzurufen.<sup>26</sup> Vernünftigerweise wird der Rangrücktritt von der Revisionsstelle auf seine Gültigkeit und die Bonität des zurücktretenden Gläubigers überprüft.<sup>27</sup> Nur wenn der Gläubiger den allfälligen Ausfall seiner Forderung verkraften kann, ist die Gesellschaft vor Anfechtungsansprüchen seiner Gläubiger sicher.<sup>28</sup>

Im vorliegenden Fall führte bereits das Bezirksgericht aus, dass die Revisionsstelle nach der Feststellung einer Überschuldung ihre Anzeigepflicht noch nicht deshalb verletzt habe, weil sie dem Verwaltungsrat Zeit gab, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen.<sup>29</sup> Da der Verwaltungsrat die Geschäftsaktivitäten einstellte und Übernahmeverhandlungen einleitete, lässt sich gemäss Bundesgericht ein Verzicht auf eine Anzeige rechtfertigen, wenn damit mit genügender Wahrscheinlichkeit ein Konkurs und eine Gläubigerschädigung verhindert werden kann.<sup>30</sup> Erst nach dem Scheitern dieser Massnahmen wäre die beklagte Revisionsstelle laut Bezirksgericht verpflichtet gewesen, dem Verwaltungsrat Frist zur Überschuldungsanzeige zu setzen.<sup>31</sup> Das Bezirksgericht und mit ihm das Bundesgericht machen mit ihren Ausführ-

<sup>20</sup> *Camponovo* (Fn. 17), S. 385; *Krampf/Schuler* (Fn. 19), S. 1063; a.A. *Kunz* (Fn. 19), § 6 N 143, der die Gefahr in einer über die Abwahl hinausgehenden Verantwortlichkeit sieht.

<sup>21</sup> Art. 729c und Art. 728c Abs. 3 nOR sehen ab dem 1. Januar 2008 die Anzeigepflicht der Revisionsstelle sowohl für die ordentliche als auch für die eingeschränkte Revision vor.

<sup>22</sup> Vgl. unter III. A. 1.

<sup>23</sup> Art. 725 Abs. 2 OR.

<sup>24</sup> *Böckli* (Fn. 9), § 13 N 793.

<sup>25</sup> Dies ist vor allem im Hinblick auf eine allfällige Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) von Bedeutung.

<sup>26</sup> *Hanspeter Wüstiner* in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, 2. Auflage, Basel 2002, N 47 zu Art. 725.

<sup>27</sup> BGER 4C.436/2006, Erw. 4.1; *Hanspeter Wüstiner* (Fn. 26), N 48 zu Art. 725; *Kipfer* (Fn. 6), S. 160.

<sup>28</sup> *Camponovo* (Fn. 14), S. 216; *Kipfer* (Fn. 6), S. 160; *Hanspeter Wüstiner* (Fn. 26), N 48 zu Art. 725.

<sup>29</sup> Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 24. September 2003, Proz. BZ 1996 34, S. 50 f.

<sup>30</sup> BGER 4C.436/2006, Erw. 4.5

<sup>31</sup> Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 24. September, Proz. BZ 1996 34, S. 50.

rungen deutlich, dass im vorliegenden Fall zwar keine gesetzlich vorgesehene Ausnahme von der Anzeigepflicht gegeben war, dass sich aber ein Verzicht auf die Anzeige auch rechtfertigen lässt, wenn nach den konkreten Umständen Aussicht besteht, eine Schädigung der Gläubiger ohne Konkurs abzuwenden. Durch solche Ausnahmen soll verhindert werden, dass übereifrige Revisionsstellen die Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates durchkreuzen können. Die Gefahr der Gläubigerschädigung ist allerdings im Auge zu behalten.

## B Verantwortlichkeit der Revisionsstelle

### 1. Typische Fälle

Der Entscheid vom 18. April 2007 steht für den typischen Fall der Verantwortlichkeitsklage, die sich in erster Linie gegen den Verwaltungsrat richtet und subsidiär, sozusagen als Absicherung, immer auch die Revisionsstelle einer konkursiten Aktiengesellschaft in die Klage einbezieht. Dies ist für den Kläger insofern attraktiv, als die Revisionsstelle oft über eine Versicherung verfügt.<sup>32</sup> Es ist somit schon fast Routine geworden, bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft für den eingetretenen Schaden Ersatz beim Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle zu suchen.<sup>33</sup>

Typisch für die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle ist, dass ihre Pflichtverletzung nur selten allein steht. In der Regel geht ihr eine Gesetzes- oder Statutenverletzung des Verwaltungsrates voraus.<sup>34</sup> Die Revisionsstelle haftet, weil sie diese Verletzung zu spät bemerkt oder angezeigt hat, sodass sich der bereits entstandene Schaden noch vergrösserte. Der Verwaltungsrat neigt besonders in Krisenzeiten dazu, die Revisionsstelle nicht vollständig zu informieren. Damit nimmt das Risiko der Revisionsstelle zu, allfällige Pflichtverletzungen nicht aufzudecken bzw. aufdecken zu können.<sup>35</sup>

Die Revisionshaftung ist überwiegend eine Haftung für Unterlassungen. Die Verletzung der wenigen aktiven Pflichten, die der Revisionsstelle durch das Gesetz auferlegt werden, ist, im Vergleich zu einer Pflichtverletzung des Verwaltungsrates, relativ leicht nachzuweisen.<sup>36</sup> Vorgeworfen wird der Revisionsstelle in beinahe allen Verantwortlichkeitsklagen, sie hätte ihre Anzeigepflicht nach Art. 729b Abs. 2 OR verletzt und den Richter zu spät benachrichtigt, sodass sich der Schaden bzw. der Ausfall der Gläubiger vom Zeitpunkt der Pflichtverletzung an bis hin zur tatsächlichen Konkursöffnung noch vergrösserte. Auch im vorliegenden Fall wurde geltend gemacht, die Revisionsstelle hätte ihre Anzeigepflicht verletzt und damit eine Vergrösserung des Gläubigerausfalls, einen Schaden, bewirkt. Die Schadensberechnung erfolgt auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach der Differenztheorie.<sup>37</sup> Der Schaden besteht sodann in der Zunahme des Passivenüberschusses zwischen dem hypothetischen Konkurszeitpunkt und der tatsächlichen Konkursöffnung.<sup>38</sup> Anzumerken bleibt, dass der hypothetische Konkurszeitpunkt für die Revisionsstelle in aller Regel nicht identisch sein wird mit dem hypothetischen Konkurszeitpunkt für den Verwaltungsrat.<sup>39</sup>

Die Unterlassung muss für den eingetretenen Schaden bzw. dessen Vergrösserung natürlich und adäquat kausal sein. Bei einer Unterlassung wird man dabei auf einen hypothetischen Kausalzusammenhang abstellen müssen. Mittels einer Hypothese ist die Frage zu beantworten, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn die Revisionsstelle pflichtgemäss gehandelt hätte. Die Revisionsstelle wird zu ihrer Entlastung das Argument der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch die schwerwiegende Pflichtverletzung des Verwaltungsrates vorbringen. Eine solche Unterbrechung wird von der Praxis allerdings nur sehr zurückhaltend angenommen,<sup>40</sup> und zwar erst recht, wenn das Verschulden der Revi-

<sup>32</sup> Das neue Revisionsaufsichtsgesetz sieht für Revisionsunternehmen von Publikumsgesellschaften sogar eine Versicherungspflicht vor (Art. 9 Abs. 1 lit. c RAG).

<sup>33</sup> Forstmoser (Fn. 6), S. 486.

<sup>34</sup> Rico A. Camponovo, Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur – Pflichtverletzung, Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden/Solidarität seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts, ST 2004, S. 72.

<sup>35</sup> Peter Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, in: Nicolas Druey/Peter Forstmoser

(Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 1994, S. 15.

<sup>36</sup> Forstmoser (Fn. 6), S. 489.

<sup>37</sup> Dabei sollen die Güter der Gesellschaft sowohl zum hypothetischen wie zum tatsächlichen Zeitpunkt des Konkursintritts zu Veräusserungswerten geschätzt werden; BGER 4C.58/2007, cons. 2.

<sup>38</sup> Luterbacher (Fn. 16), S. 1271.

<sup>39</sup> Thierry Luterbacher, Die Schadenminderungspflicht, Zürich 2005, S. 110.

<sup>40</sup> BGE 127 III 457 ff.; BGER 4C.506/1996.

sionsstelle für sich betrachtet schwer wiegt.<sup>41</sup> Allerdings wird der Kausalzusammenhang regelmässig verneint, wenn sich der Verwaltungsrat durch pflichtgemässe Berichterstattungen ohnehin in seinem Handeln nicht hätte beeinflussen lassen.<sup>42</sup> Im vorliegenden Fall hat das Bezirksgericht Schwyz eine Adäquanz einer allfälligen Pflichtverletzung verneint, weil die Benachrichtigung des Richters nicht in einem wesentlich früheren Zeitpunkt hätte erfolgen müssen, als der Konkurs tatsächlich eröffnet wurde. Das pflichtgemässe Verhalten hätte somit keine anderen Folgen gehabt als die eingetretenen, womit der hypothetische Kausalzusammenhang fehlt.<sup>43</sup>

Grundsätzlich genügt jedes Verschulden für die Verantwortlichkeit und die Revisionsstelle haftet somit auch bei leichter Fahrlässigkeit. Der Verschuldensmassstab ist für die Revisionsstelle entsprechend den Anforderungen an ihre Befähigung<sup>44</sup> hoch angesetzt.<sup>45</sup> Dies kann dazu führen, dass das Verschulden des Verwaltungsrates, der die wichtigsten Führungsaufgaben in der Gesellschaft wahrnimmt, aber über keine spezifische Befähigung verfügen muss, milder beurteilt wird als dasjenige der Revisionsstelle.<sup>46</sup> Die differenzierte Solidarität (Art. 759 Abs. 1 OR) besagt, dass bei mehreren Ersatzpflichtigen, die den Schaden adäquat kausal (mit)verursacht haben, im Aussenverhältnis jeder nur im Ausmass seines Verschuldens einzustehen hat.<sup>47</sup> Der Ersatzpflichtige kann also bereits im Aussenverhältnis Herabsetzungsgründe nach Art. 43 Abs. 1 oder Art. 44 OR

geltend machen.<sup>48</sup> Dabei wird sein Verschulden beurteilt, wie wenn er allein gehandelt hätte.

## 2. Haftungsbeschränkung und Ausblick aufs neue Recht

Die Beschränkung der strengen Haftung der Revisionsstelle wird schon seit langer Zeit immer wieder gefordert.<sup>49</sup> Anlässlich der laufenden Aktienrechtsrevision wurde die Frage wieder aktuell und kontrovers diskutiert. Im Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts ist in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE OR vorgesehen, die Haftung der Revisionsstelle für leichtes Verschulden auf CHF 10 Millionen zu beschränken. Bei Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind, und bei wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften nach Art. 727 OR ist eine Haftungsbeschränkung für leichtes Verschulden auf CHF 25 Millionen vorgesehen. Somit wird auch bei der Haftungsbeschränkung auf die Grösse bzw. die volkswirtschaftliche Bedeutung der Unternehmen abgestellt, wie dies auch im Konzept des neuen Revisionsrechts vorgesehen ist.

Die Befürworter einer Haftungsbeschränkung bringen vor, die Revisionsstelle werde in vielen Verantwortlichkeitsfällen zu Unrecht belangt, da ihr Verschulden neben demjenigen des Verwaltungsrates oft verschwindend klein sei. Der finanzielle Zusammenbruch sei in keinem der Verantwortlichkeitsfälle allein von der Revisionsstelle verursacht, sondern von Fehlern des Managements bzw. des Verwaltungsrates eingeleitet worden. Der Verwaltungsrat sei für die Führung der Gesellschaft verantwortlich und trotzdem werde in der Regel die solventere Revisionsstelle für den allfälligen Schaden belangt (deep-pocket-Argument). Ein Regress auf den Verwaltungsrat sei indessen aufgrund des internen Haftungsverhältnisses in den meisten Fällen wenig aussichtsreich. Zudem sei das hohe Haftungsrisiko der Revisionsstelle kaum mehr oder nur gegen sehr hohe Prämien versicherbar, die letztlich über die Prüfungshonorare auf die Gesellschaft (bzw. die Kunden) abgewälzt würden.<sup>50</sup> Die Belastung der Revisionsstelle sei somit

<sup>41</sup> *Hans-Ueli Vogt*, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Referat anlässlich der 4. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht vom 12. September 2007.

<sup>42</sup> BGE 129 III 129, cons. 8.

<sup>43</sup> Urteil vom 24. September 2003, ProZ. BZ 1996 34, S. 50 f.; BGER 4C.436/2006, Erw. 4.2 und 4.5.

<sup>44</sup> Neu ist im RAG die Befähigung (und Zulassung) von Revisoren ausführlich geregelt.

<sup>45</sup> *Revue jurassienne de jurisprudence* 2000, S. 143 ff., cons. 7a.

<sup>46</sup> *Camponovo* (Fn. 34), S. 85 und a.a.O., Fussnote 189; *Forstmoser* (Fn. 6), S. 486.

<sup>47</sup> *Camponovo* (Fn. 34), S. 85; *Peter Widmer/Oliver Banz*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, 2. Auflage, Basel 2002, N 4 zu Art. 759; *Urs Hoffmann-Nowotny*, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden – Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR, in: *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 429 ff.

<sup>48</sup> BGER 4C.358/2005, Erw. 5.5.1.

<sup>49</sup> *Böckli* (Fn. 35), S. 15; *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, S. 3 m.w.H.

<sup>50</sup> Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, 2. Dezember 2005, S. 88; *Jean Nicolas Druey*, Eine Haftungs-

übermässig und ungerechtfertigt. Auch volkswirtschaftlich müsse die Gefahr des Zusammenbruches einer grossen Revisionsstelle aufgrund von Haftungsfällen im Auge behalten werden,<sup>51</sup> da ansonsten der ohnehin auf vier grosse Teilnehmer beschränkte Wettbewerb im Revisionsgeschäft nicht mehr spielen würde.<sup>52</sup> Oft würden die Revisionsstellen ausserdem aufgrund der angedrohten Verantwortlichkeitsklagen zum aussergerichtlichen Vergleich aus geschäftlichen und Reputationsgründen gezwungen, obwohl die Ersatzpflichtigkeit nicht feststehe.<sup>53</sup>

Diesen Argumenten wird insbesondere die Forderung nach der Einheitlichkeit des Verantwortlichkeitsrechts entgegen gesetzt. Eine Haftungsbeschränkung einzig zugunsten der Revisionsstelle stelle eine unsachgemässe Privilegierung dar.<sup>54</sup> Weiter wird gegen eine Haftungsbeschränkung eingewandt, schon die in Art. 759 Abs. 1 OR geregelte differenzierte Solidarität verhindere eine übermässige, nicht dem Verschulden entsprechende Haftung. Die Gerichte wüssten entgegen der Annahme im Begleitbericht<sup>55</sup> sehr wohl mit dieser differenzierten Solidarität umzugehen.<sup>56</sup> Die Vernehmlassungsergebnisse sind jedenfalls ebenso kontrovers ausgefallen, wie sich die Meinungen in verschiedenen Publikationen präsentieren.<sup>57</sup>

Auch auf Ebene der europäischen Union steht die Haftung der Revisionsstelle zur Diskussion. Die EU hat eine öffentliche Konsultation zu der Frage und

zu möglichen Haftungskonzepten gestartet. Diese Konsultation basiert auf einer Studie von London Economics vom September 2006 über die wirtschaftlichen Auswirkungen der Haftungsregelungen für Abschlussprüfer.<sup>58</sup> Die Studie sieht verschiedene Lösungsmöglichkeiten der Haftungsfrage vor. Als erste Variante wird eine betragsmässig fixe Haftungsmitte vorgeschlagen, welche beispielsweise Belgien, Deutschland und Österreich bereits kennen. In diesem Zusammenhang taucht auch die nicht leicht zu beantwortende Frage auf, wie hoch eine solche Limite sein soll. Bei einer zu tiefen Haftungsgrenze könnte die Qualität der Prüfung leiden und bei einer zu hohen Haftungsgrenze würde das Ziel einer Haftungsbeschränkung nicht erreicht.<sup>59</sup> Eine Haftungsmitte, die sich an der Grösse des geprüften Unternehmens orientiert, wird als zweite Möglichkeit erörtert. Dazu wie diese Grösse definiert werden soll, äussert sich die Studie nicht abschliessend.<sup>60</sup> Ein anderer Vorschlag, dass die Prüfhonorare die Haftungsmitte bestimmen sollten,<sup>61</sup> hätte den Vorzug einer leichten Bestimmbarkeit und Messbarkeit der Haftungsgrenze. Andererseits müsste dazu wohl eine gesetzliche Bestimmung zur Offenlegung des Prüfhonorars geschaffen werden.<sup>62</sup> Ins Auge gefasst wird des Weiteren eine proportionale Haftung bei welcher der Prüfer nur für einen Prozentsatz des gesamten Schadens verantwortlich sein soll.<sup>63</sup> Den restlichen Schaden müssten der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung tragen. In Anlehnung an das amerikanische Modell müsste dieser Prozentsatz zwischen dem Prüfer und der Gesellschaft ausgehandelt und das Ergebnis noch durch die Aktionäre abgesegnet werden. Der Vorteil dieser vertraglichen Variante

beschränkung für Revisoren – Plädoyer für eine griffige und marktgerechte Lösung, NZZ, 21.3.2007, Nr. 67, S. 29.

<sup>51</sup> *Giorgio Behr*, Was Firmen ihren Kapitalgebern mitteilen sollten – Die Zukunft der Rechnungslegung und die Rechnungslegung in der Zukunft, NZZ, 24.2.2007, Nr. 46, S. 31.

<sup>52</sup> *Druey* (Fn. 50).

<sup>53</sup> Begleitbericht (Fn. 50), S. 87.

<sup>54</sup> Stellungnahme der Industrie – Holding vom 31. Mai 2006 im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, S. 21.

<sup>55</sup> Vgl. Begleitbericht (Fn. 50), S. 87.

<sup>56</sup> Stellungnahme der Industrie – Holding (Fn. 54), S. 20; *von der Crone* (Fn. 49), S. 13 ff.; vgl. auch oben III. B. 1.

<sup>57</sup> *Von der Crone* (Fn. 49), S. 13 ff.; *Druey* (Fn. 50); *Anton K. Schnyder*, Haftungsbeschränkung für Revisoren und Verwaltungsräte? Problematik der Einführung von Sonderrecht, NZZ, 3.5.2007, Nr. 101, S. 29; *Walter Doral*, Haftungsbegrenzung für die Revisionsstelle – Notwendigkeit oder Privileg?, SZW 2006, S. 168 ff.; *Rico A. Campionovo/Peter Bertschinger*, Haftungsreform für die Abschlussprüfung, ST 2007, S. 256 ff.

<sup>58</sup> Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes, Final Report, September 2006 by London Economics in association with Professor Ralf Ewert, Goethe University, Frankfurt am Main, Germany.

<sup>59</sup> Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (Fn. 58), S. 202 f.; die Schweiz hat sich im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision für eine Zweistufenlösung zwischen kotierten (oder wirtschaftliche bedeutenden Unternehmen) und nicht kotierten Gesellschaften entschieden, vgl. Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE OR.

<sup>60</sup> Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (Fn. 58), S. 203 f.

<sup>61</sup> Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (Fn. 58), S. 204 f.

<sup>62</sup> So auch in der Schweiz.

<sup>63</sup> Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (Fn. 58), S. 205 f.

einer Haftungsbegrenzung liegt in ihrer Einfachheit. Als Nachteil könnten sich die undifferenzierte Ausgestaltung einerseits und die noch nicht abschliessend geklärten Auswirkungen auf die differenzierte Solidarität andererseits, erweisen.<sup>64</sup>

Wer Organverantwortung übernimmt, sei es als Verwaltungsrat oder als Revisor, und diese im Fall des Eintretens mangels Ressourcen nicht tragen kann, handelt nachlässig.<sup>65</sup> Eine Verantwortung trifft allerdings nicht nur den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle. Die mittlerweile emanzipierten (institutionellen) Anleger, deren Einfluss gestiegen ist,<sup>66</sup> sollten ebenfalls Verantwortung für ihr eigenes Tun übernehmen. Wer für sich arbeiten lässt, wird – wie etwa im Arbeitsrecht – auch bereit sein, das daraus resultierende Fehlerrisiko innerhalb vernünftiger Grenzen mitzutragen. Eine betragsmässig offene aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist sowohl für den Verwaltungsrat als auch für den Revisor weder zweckmässig noch realistisch. Es bestehen gute Gründe für eine Regel, nach der das Risiko nur bis zu einem bestimmten Betrag durch die Organe zu tragen wäre. Was darüber hinausgeht, sollen aber die Gesellschaft und damit primär die Aktionäre tragen müssen.<sup>67</sup> Die betragsmässig limitierte Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen sollte sich sowohl für den Verwaltungsrat als auch für die Revisionsstelle am Honorar orientieren bzw. die Haftungsobergrenze sollte durch ein Vielfaches des Honorars gebildet werden. Die Risikoprämie, welche die Gesellschaft so im Rahmen des Salärs der Organe zu tragen hat, bestimmt damit vernünftigerweise auch die Haftungsgrenze, was die Bedeutung des jeweiligen Organs ins richtige Licht zu rücken vermag.<sup>68</sup>

## **BGer vom 26. April 2007 – 4C.45/2006: Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Revisionsstellenwahl**

Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 4C.45/2006 (BGE 133 III 453) vom 26. April 2007 i.S. X (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen Y (Beklagte und Berufungsbeklagte).

### **I. Sachverhalt**

In der beklagten Gesellschaft stehen sich eine Gruppe von Mehrheitsaktionären und eine Gruppe von Minderheitsaktionären gegenüber. Die Minderheitsaktionäre sind nicht im Verwaltungsrat vertreten und halten etwa 47% der Aktien.

Die Klägerin focht mit verschiedenen Eingaben ans Handelsgericht die Generalversammlungsbeschlüsse vom Jahre 2000 bis zum Jahre 2004 an, mit denen die C AG jeweils zur Revisionsstelle bzw. Konzernprüferin gewählt worden war. Die fünf hängigen Anfechtungsprozesse wurden im Februar 2005 vom Handelsgericht vereinigt.

An der Generalversammlung vom Juli 2005 stellte sich die Revisionsstelle C nicht mehr zur Wiederwahl und D wurde zur Revisionsstelle und Konzernprüferin gewählt. Die Beklagte beantragte daraufhin beim Handelsgericht Nichteintreten wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses der Klägerin. Das Handelsgericht trat mit Beschluss vom 7. Dezember 2005 auf die Anfechtungsklage mangels Rechtsschutzinteresses nicht ein. Gegen diesen Beschluss des Handelsgerichts erhebt die Klägerin eidgenössische Berufung ans Bundesgericht.

### **II. Erwägungen des Bundesgerichts**

#### **A Informationsrechte als Schutzrechte des Aktionärs**

Das Bundesgericht qualifiziert das Informationsrecht des Aktionärs als grundlegendes Schutzrecht und als Ausgangspunkt für die Geltendmachung von Aktionärsrechten.<sup>69</sup> Die Einsichts- und Kontrollrechte des Aktionärs in finanziellen Belangen sind nur dann

<sup>64</sup> Ausführlich zum Ganzen: *Camponovo/Bertschinger* (Fn. 57), S. 256 ff.

<sup>65</sup> *Von der Crone* (Fn. 49), S. 14.

<sup>66</sup> Vor allem nehmen sie ihren Einfluss auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates in zunehmendem Masse wahr.

<sup>67</sup> *Von der Crone* (Fn. 49), S. 15 f.

<sup>68</sup> *Camponovo/Bertschinger* (Fn. 57), S. 260.

<sup>69</sup> BGE 133 III 453, Erw. 7.2.

für die Ausübung seiner Rechte von Nutzen und Interesse, wenn er sich auch auf die ordnungsgemässe Buchführung verlassen kann. Die Kontrolle der Buchführung bzw. der Jahres- und Konzernrechnung obliegt der Revisionsstelle. Der Aktionär muss sich also auf die Prüfungsergebnisse der Kontrollstelle verlassen können, weshalb es für ihn umso wichtiger ist, dass diese unabhängig ist und allfällige Unregelmässigkeiten anzeigen würde.<sup>70</sup>

### B Rechtsschutzinteresse

Das Bundesgericht hält fest, dass ein Rechtsschutzinteresse immer dann besteht, wenn die Gutheissung des Begehrens sich positiv auf die rechtliche Situation des Klägers auswirken würde.<sup>71</sup> Die Anfechtungsklage hat eine Wirkung ex tunc.<sup>72</sup> «*Folge eines gutheissenden Urteils wäre, dass die C AG für die Geschäftsjahre 2000 bis 2004 nicht als gesetzmässige Revisionsstelle gelten könnte und dass somit die Beklagte für diese Geschäftsjahre über keine gesetzmässige Revisionsstelle verfügt hätte. Damit wäre für die Klägerin der Weg frei, für diese Jahre die Wahl einer neuen, den gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit und Befähigung genügende, Revisionsstelle zu verlangen, welche die entsprechenden Jahresrechnungen prüft, der Generalversammlung darüber und über allfällige anzuzeigende Unregelmässigkeiten Bericht erstattet.*»<sup>73</sup>

Eine solche Berichterstattung könnte Tatsachen ans Licht bringen, die für die zukünftige Ausübung der Aktionärsrechte von Bedeutung sind. Die Anfechtung der Wahl der Revisionsstelle und die nachträgliche Erarbeitung neuer Revisionsberichte erweist sich somit nicht als blosser Selbstzweck. Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin wurde bejaht und die Sache zum Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## III. Bemerkungen

### A Die Rolle der Revisionsstelle in der Aktiengesellschaft

#### 1. Bedeutung für den Verwaltungsrat

Die Revisionsstelle ist notwendiges Organ der Aktiengesellschaft. Diese Organqualität ergibt sich in erster Linie aus dem Gesetz und nicht aus ihren typischen Aufgaben, da sie nicht befugt ist, die Aktiengesellschaft nach aussen zu vertreten und dem Willen der Gesellschaft Ausdruck zu verleihen.<sup>74</sup> Die unübertragbare Pflicht der Führung und der Oberleitung der Gesellschaft gemäss Art. 716a OR obliegt dem Verwaltungsrat. Die Revisionsstelle überprüft weder diese Geschäftsführung und die dabei gefällten Strategieentscheide, noch die Angemessenheit und Zweckmässigkeit der Ziele und Methoden,<sup>75</sup> sondern in erster Linie die Jahresrechnung. Dabei überprüft sie, ob die Regeln der Rechnungslegung und des Kapitalschutzes beachtet wurden.<sup>76</sup> Der Prüfungsgegenstand ist begrenzt. Dies zeigt sich darin, dass die Revisionsstelle den verbalen Lagebericht, in dem der Verwaltungsrat unter Umständen auch die finanzielle Lage der Gesellschaft anspricht, nicht überprüft.<sup>77</sup>

Bei der Erfüllung dieser Prüfungsaufgaben ist die Revisionsstelle auf die Kooperation des Verwaltungsrates angewiesen. Den Verwaltungsrat treffen deshalb gesetzliche Pflichten im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der Revisionsstelle. Er hat die Jahresrechnung zu erstellen und darf dabei die Lage nicht besser darstellen als sie tatsächlich ist.<sup>78</sup> Dazu ist der Verwaltungsrat wohl vor allem in Krisenzeiten der AG versucht, wo er eine Anzeige infolge offensichtlicher Überschuldung durch die Revisionsstelle vermeiden möchte.<sup>79</sup> Auch muss der Verwaltungsrat der Revisionsstelle alle in Bezug auf den Prüfungsauftrag relevanten und erforderlichen Unterlagen aushändigen und ihr die entsprechenden Informationen erteilen.<sup>80</sup> Dies bedeutet umgekehrt für die Revisionsstelle, dass

<sup>70</sup> BGE 133 III 453, Erw. 7.3.

<sup>71</sup> BGer 4C.45/2006 Erw. 6 (in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägung) und BGE 133 III 453, Erw. 7.

<sup>72</sup> BGer 4C.45/2006 (BGE 133 III 453), Erw. 7.3; BGE 122 III 279.

<sup>73</sup> BGer 4C.45/2006, (BGE 133 III 453), Erw. 7.3.

<sup>74</sup> Christian Wind, Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 727c Abs. 1 OR, Arlesheim 1998, S. 125.

<sup>75</sup> Böckli (Fn. 9), § 15 N 122.

<sup>76</sup> Rolf Watter in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, N 1 zu Art. 728; Böckli (Fn. 9), § 15 N 105.

<sup>77</sup> Böckli (Fn. 9), § 15 N 104; Art. 728a Abs 3 OR.

<sup>78</sup> Art. 662 f. OR.

<sup>79</sup> Vg. oben unter III. A. 1.

<sup>80</sup> Art. 728 Abs. 2 OR.

es ihr obliegt, die notwendigen Auskünfte beim Verwaltungsrat einzuholen, um ihre Prüfungs- und Berichterstattungspflicht erfüllen zu können.<sup>81</sup> Die Durchsetzung dieser Auskunftspflicht wird in der Praxis oft durch die sog. Vollständigkeitserklärung des Verwaltungsrates gewährleistet.<sup>82</sup>

Über die Prüfung verfasst die Revisionsstelle nach Art. 729 Abs. 1 OR einen Revisionsbericht an die Generalversammlung, worin sie über das Ergebnis ihrer Prüfung orientiert und die Jahresrechnung zur Genehmigung oder Ablehnung empfiehlt. Hier besteht das grösste Konfliktpotenzial zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle. In diesem Zusammenhang sei auch an den ursprünglichen Gedanken über die Notwendigkeit einer Revisionsstelle erinnert, wonach der Verwaltungsrat als «Beauftragter» der Generalversammlung in einem gewissen Interessenkonflikt stehen kann, wenn es um die Vorlage der Jahresrechnung geht. Er könnte durchaus versucht sein, die Dinge eher zu beschönigen, wenn der Geschäftsverlauf einmal nicht so rosig ist. Den Aktionären kann in dieser Situation nicht zugemutet werden, die Bücher selbst auf Unstimmigkeiten oder Schönfärbereien zu überprüfen bzw. ein Gesuch um Ermächtigung zur Einsicht nach Art. 697 Abs. 3 OR zu stellen.<sup>83</sup> Dies ist Aufgabe der Revisionsstelle, die sich gerade in diesem Bereich auf einem schmalen Grat bewegt. Einerseits muss sie ihre gesetzlichen Prüfungs- und Anzeigepflichten gewissenhaft und sorgfältig erledigen, um eine allfällige Haftung zu vermeiden, andererseits soll sie sich nicht in die Angelegenheiten der Geschäftsführung einmischen. Der Verwaltungsrat kann sich schnell angegriffen und zum Beispiel durch sog. Einschränkungen im Revisionsbericht eingeengt fühlen. Er wird insbesondere in Krisensituationen jede Kritik von sich weisen und begibt sich damit auf einen Kollisionskurs zum Prüfer.<sup>84</sup> Trotzdem darf die Revisionsstelle dem Druck

des Verwaltungsrates nicht nachgeben. Es muss für sie die Erfüllung ihrer Pflicht vorgehen, während es dem Verwaltungsrat obliegt, die Dinge richtig und nicht schönfärberisch darzustellen. Tut er dies nicht, muss er mit der Einschränkung im Revisionsbericht rechnen. Diese stellt bei näherer und objektiver Betrachtung weder einen Eingriff in seine Exekutivbefugnisse, noch eine Überprüfung seiner Geschäftsführung dar, sondern lediglich eine Feststellung von Mängeln in der Rechnungslegung.

Diese Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle beschränkt sich aber in vielen Fällen nicht auf den Rahmen der Prüfungshandlungen. Die Revisionsstelle ist für den Verwaltungsrat aufgrund ihrer hohen Befähigung oft auch kompetente Beraterin in verschiedenen Fragen. Gerade in Steuerangelegenheiten offerieren grössere Revisionsgesellschaften auch integrierte Lösungen von Abschlussprüfung und Steuerberatung, was effizient sein kann. Auf einen möglichen Konflikt mit dem Unabhängigkeitserfordernis ist nachfolgend noch einzugehen.

## 2. Bedeutung für die Aktionäre

Die Bedeutung der Revisionsstelle für die Aktionäre ergibt sich einerseits aus dem Spannungsfeld, dass der Verwaltungsrat geneigt sein könnte, die Jahresrechnung und damit auch seine eigene Leistung möglichst positiv darzustellen und andererseits aus dem Recht des Aktionärs auf Information. Die Revisionsstelle überprüft die Jahresrechnung auf Gesetzes- und Statutenkonformität und erstattet der Generalversammlung darüber Bericht.<sup>85</sup> Ohne die Anwesenheit des Revisors wäre eine Beschönigung der Lage durch den Verwaltungsrat anlässlich der Generalversammlung, und damit die Gefahr der Untergrabung des Informationsrechts der Aktionäre, immer noch denkbar. Um auch dies auszuschliessen, ist die Anwesenheit des Revisors an der Generalversammlung als Individualrecht des Aktionärs ausgestaltet und es kann nur einstimmig auf die Anwesenheit des Revisors verzichtet werden.<sup>86</sup> An der Generalversammlung können die Aktionäre vom anwesenden Revisor zusätzliche Informationen über den Revisionsbericht verlangen (Art. 697 Abs. 1

<sup>81</sup> Rosmarie Abolfathian-Hammer, Das Verhältnis von Revisionsstelle und Revisor zur Aktiengesellschaft, in: Rolf Bär et al. (Hrsg.), Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Heft 5, Bern 1992, S. 29.

<sup>82</sup> In dieser Vollständigkeitserklärung bestätigt der Verwaltungsrat förmlich, dass er die relevanten, im Einzelnen aufgezählten Auskünfte nach bestem Wissen abgeben hat. Rolf Watter in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, N 25 zu Art. 728.

<sup>83</sup> Böckli (Fn. 9), § 15 N 1.

<sup>84</sup> Böckli (Fn. 9), § 15 N 143 ff.

<sup>85</sup> Art. 728 ff. OR.

<sup>86</sup> Art. 729c OR; Böckli (Fn. 9), § 12 N 404.

OR).<sup>87</sup> Dieses Informationsrecht stellt ein Schutzrecht des Aktionärs dar und ist Ausgangspunkt und Voraussetzung für die Willensbildung, sowie für die Geltendmachung der Aktionärsrechte. Das Informationskonzept innerhalb der Aktiengesellschaft ist dreistufig ausgestaltet. Die erste Stufe bildet die spontane Informationserteilung an die Aktionäre durch Auflage des Geschäftsberichts (Art. 696 OR). Die zweite Stufe enthält das vorliegend interessierende Informationsrecht anlässlich der Generalversammlung (Art. 697 OR) und die dritte Stufe bildet sodann die Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR). Der Revisor bleibt bei seinen Auskünften an die Generalversammlung zwar an das Geschäftsgeheimnis nach Art. 730 OR gebunden, trotzdem ist die Revisionsstelle in dieser Beziehung eigentlich Treuhänderin der Aktionäre, indem sie sicherstellt, dass die Einsichts- und Informationsrechte der Aktionäre nicht durch Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Jahresrechnung ihres Gehaltes entleert werden.<sup>88</sup> Sie verstärkt das Schutzrecht des Aktionärs auf Information dadurch, dass sie den erteilten Informationen erhöhte Glaubwürdigkeit verleiht. Auch im vorliegenden Entscheid war diese Überlegung für den Gedanken des Rechtsschutzinteresses von Bedeutung. Ein Minderheitsaktionär, der dem Verwaltungsrat, in dem er nicht vertreten ist, misstraut, ist umso mehr auf die Revisionsstelle und ihre Unabhängigkeit angewiesen. Wenn er sich nicht auf den Bericht der Revisionsstelle bzw. ihre Auskünfte an der Generalversammlung verlassen kann, weil die Revisionsstelle vom Verwaltungsrat massgeblich beeinflusst wird oder beeinflusst werden kann, haben die Informations- und Einsichtsrechte nach Art. 696 f. OR für den Aktionär keinen Wert mehr. Es fehlt ihm die Grundlage für seine Willensbildung über die Ausübung seiner Aktionärsrechte. Dem Aktionär selbst ist es nicht zumutbar, Ungereimtheiten in der Jahresrechnung selbst festzustellen.<sup>89</sup>

Obwohl die Revisionsstelle eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit dem Informationsrecht und damit mit der Ausübung der Aktionärsrechte spielt, dürfen an ihre Prüfung bzw. den Revisionsbericht keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. Wie bereits erwähnt,<sup>90</sup> ist die Prüfung der Revisionsstelle beschränkt. Es findet keine Durchleuchtung der Gesellschaft und ihrer finanziellen Situation statt. Der Revisionsbericht sagt weder etwas über die finanzielle Gesundheit der Gesellschaft, noch über ihre Lebensfähigkeit oder ihre Zukunftschancen aus.<sup>91</sup> Trotzdem wird die Revisionsstelle oft mit dieser Erwartungshaltung konfrontiert, was einen sog. expectation gap zur Folge haben kann. Diesem Auseinanderfallen von Erwartungen an die Revisionsstelle und Prüfungsrealität soll unter anderem durch die Präzisierung der Aufgaben der Revisionsstelle im Rahmen der Änderung des Obligationenrechts am 1. Januar 2008 entgegengewirkt werden.<sup>92</sup>

## B Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle

### 1. Sinn und Zweck

Konsequenz der bereits erläuterten Rolle der Revisionsstelle<sup>93</sup> ist, dass sie ihre Aufgaben nur glaubwürdig wahrnehmen kann, wenn sie unabhängig ist. Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle verstärkt den Aktionärs- und Minderheitenschutz. In Art. 727c OR wird dieses Unabhängigkeitserfordernis gesetzlich festgehalten. Es sollen alle Abhängigkeiten untersagt werden, welche einen sachfremden Einfluss auf die Urteilsbildung des Revisors haben könnten und damit den Zweck der Revision potenziell gefährden.<sup>94</sup> Die Unabhängigkeit muss in äusserer und in innerer Hinsicht bestehen. Die äussere Unabhängigkeit betrifft sämtliche Gegebenheiten, die bei unbeteiligten, verständigen Dritten den Anschein der Voreingenommenheit entstehen lassen können, wie zum Beispiel

<sup>87</sup> Larissa Marolda Martinez, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 248, Zürich 2006, S. 140.

<sup>88</sup> Rolf Watter in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, N 1 zu Art. 727.

<sup>89</sup> Böckli (Fn. 9), § 15 N 1; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6), § 22 N 35.

<sup>90</sup> Vgl. unter III. A. 1.

<sup>91</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 6), § 33 N 33; Rolf Watter in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, N 25a zu Art. 729.

<sup>92</sup> 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 3969, S. 3996 f.

<sup>93</sup> Vgl. III. A.

<sup>94</sup> Wind (Fn. 74), S. 121.

familiäre Beziehungen<sup>95</sup> oder wirtschaftliche Verflechtungen (independence in appearance).<sup>96</sup> Die innere Abhängigkeit soll durch Weisungsungebundenheit, Freiheit des Urteils und Selbständigkeit im Entscheid vermieden werden (independence in fact).<sup>97</sup>

## 2. Gesetzliche Regelung der Unabhängigkeit

Die gesetzliche Normierung der Unabhängigkeit ist im geltenden Obligationenrecht sehr knapp gehalten. Das Gesetz zählt beispielhaft einige wenige Abhängigkeitstatbestände auf. Die Revisoren müssen beispielsweise vom Verwaltungsrat und vom beherrschenden Aktionär unabhängig sein, sie dürfen weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein, noch Arbeiten für diese ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind.<sup>98</sup> Mit der Änderung des Revisionsrechts per 1. Januar 2008 wird das Unabhängigkeitserfordernis der Revisionsstelle nun auf Gesetzesstufe konkretisiert.

Mit der Änderung von der Selbstregulierung durch die Standesorganisation<sup>99</sup> zur gesetzlichen Regelung, wird sich jedoch materiell nicht viel ändern. Die wesentlichen Änderungen betreffen die unterschiedlichen Revisionsarten. Die Unabhängigkeitsvorschriften sind bei der eingeschränkten Revision milder ausgestaltet als bei der ordentlichen Revision.

Für die ordentliche Revision werden in Art. 728 Abs. 2 nOR die Unvereinbarkeitstatbestände beispielhaft aufgezählt.<sup>100</sup> Wesentliche inhaltliche Neuerungen für die Revisionsstelle ergeben sich daraus keine. Allerdings wird mit der detaillierten Regelung der Interpretationsspielraum eingeschränkt.<sup>101</sup> Die Unvereinbarkeit der Buchführung mit der *ordent-*

*lichen* Revision wird nun ausdrücklich und absolut statuiert, während bis anhin diese augenscheinliche Unvereinbarkeit von der Treuhand-Kammer in ihren Unabhängigkeitsrichtlinien 2001 mit Rücksicht auf die Branche zu wenig streng gehandhabt wurde.<sup>102</sup> Hinzu kommt bei der ordentlichen Revision auch eine Rotationsvorschrift für die Person, welche die Revision leitet.<sup>103</sup> Eine weitere Neuerung, die sich in erster Linie aus der Neukonzeption des Revisionsrechts ergibt, stellt die Unabhängigkeit der staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen dar. Sie ergibt sich zusätzlich zu Art. 728 nOR aus Art. 11 RAG, wo unter anderem explizit festgehalten wird, dass die Honorare aus der Revision und allenfalls weiteren Dienstleistungen zugunsten einer Gesellschaft 10% ihrer gesamten Honorarsumme nicht übersteigen dürfen.<sup>104</sup> Auch wird der Wechsel von Mitarbeitern vom oder zum Prüfungskunden in Art. 11 RAG dahingehend thematisiert, dass bei einem Übertritt vom Prüfungskunden zur Revisionsstelle darauf geachtet werden muss, dass der Übertretende während zwei Jahren keine Revisionsdienstleistungen für diesen Kunden erbringen darf. Ebenso darf ein Mitarbeiter der Prüfungsgesellschaft, der einen Übertritt zum Prüfungskunden beabsichtigt, ab diesem Zeitpunkt nicht mehr im entsprechenden Revisionsteam mitwirken. Diese strengen Unvereinbarkeiten gelten jedoch nur für die Revision von Publikumsgesellschaften.<sup>105</sup> In Art. 729 Abs. 2 nOR wird für Gesellschaften, die der eingeschränkten Revisionspflicht unterstehen, ein Privileg statuiert, das es dem Revisor im Gegensatz zur ordentlichen Revision erlauben soll, bei der Buchführung oder allenfalls auch bei weiteren Dienstleistungen für die Gesellschaft mitzuwirken. Vorausgesetzt bleibt auch hier die Objektivität des Prüfungsurteils.<sup>106</sup> Dieses Privileg ist sachgerecht, wenn man den Zweck der eingeschränkten Revision

<sup>95</sup> Nicht mit dem Unabhängigkeitserfordernis vereinbar ist die Verschwägerung mit einem Delegierten des Verwaltungsrats: BGer 4A.2/1997 publiziert in ZBGR 1998, S. 282 ff.

<sup>96</sup> Eine unzulässige wirtschaftliche Verflechtung wurde angenommen in BGE 123 III 31, wo die Verwaltung der Revisionsstelle mit derjenigen der zu prüfenden Gesellschaft identisch war.

<sup>97</sup> BGE 131 III 38, Erw. 4.2.1.

<sup>98</sup> Die Vorstellung darüber, was solche Arbeiten sind, hat sich im Laufe der Jahre und mit dem Sarbanes-Oxley Act verändert.

<sup>99</sup> Richtlinien zur Unabhängigkeit 2001 der Treuhand-Kammer.

<sup>100</sup> Die Generalklausel für die ordentliche Revision bildet Art. 728 Abs. 1 nOR.

<sup>101</sup> Bezüglich der Unabhängigkeitsrichtlinien der Treuhand-Kammer hatte das Bundesgericht in BGE 131 III 38 noch

festgehalten, dass diese zwar der Konkretisierung dienen können, aber keine Gesetzeskraft haben können.

<sup>102</sup> Böckli (Fn. 9), § 15 N 78 f.

<sup>103</sup> Art. 720a Abs. 2 nOR; bisher galt eine solche Rotationspflicht gemäss der Richtlinien der Treuhand-Kammer und war auf kotierte Gesellschaften und Banken beschränkt.

<sup>104</sup> In BGE 131 III 38, Erw. 4.2.4 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass diese 10% Regel nicht starr zu handhaben sei.

<sup>105</sup> Hans Wey, Verstärkte Anforderungen an die Unabhängigkeit – Was kommt auf die Branche zu – wo ist Handlungsbedarf?, ST 2006, S. 334 ff.

<sup>106</sup> Art. 729 Abs. 1 nOR.

unter anderem in der Entlastung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sieht, die auch in Zukunft von kostengünstigen und effizienten Beratungsdienstleistungen «aus einer Hand» profitieren können sollen. Der Revisor soll insbesondere in kleinen und mittleren Gesellschaften als Berater des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung agieren können.<sup>107</sup> Die verlässliche Prüfung muss dabei durch organisatorische und personelle Massnahmen sichergestellt werden, sofern das Risiko der Überprüfung eigener Arbeiten entsteht.<sup>108</sup> Dieser Grundsatz des Selbstprüfungsverbots gilt für alle Revisionsarten.<sup>109</sup>

Die detaillierte Regelung im Gesetz zeigt, dass der Gesetzgeber bemüht ist, der Unabhängigkeit klarere Konturen zu verleihen und die Durchsetzung für den Aktionär zu erleichtern. Gerade in Konstellationen wie der vorliegenden, müssen die Unabhängigkeitsvorschriften greifen, um ihre Schutzfunktion zugunsten der (Minderheits-)Aktionäre erfüllen zu können.

Eine weitere Änderung besteht darin, dass das Unternehmen bzw. seine Organe vermehrt in die

Pflicht genommen werden sollen. Gemäss Botschaft obliegt dem Verwaltungsrat die Pflicht eine unabhängige Revisionsstelle zur Wahl vorzuschlagen und Massnahmen zu ergreifen, wenn während der Mandatsdauer die Unabhängigkeit nicht mehr gewährleistet ist.<sup>110</sup> Tut er dies nicht, kann dies zur Verantwortlichkeit führen. Somit ist die Revisionsstelle nicht mehr aufgrund einer Selbstregulierung alleine verantwortlich, dass ihre Unabhängigkeit gewahrt ist.<sup>111</sup> Die Richtlinien zur Unabhängigkeit 2001 werden im Hinblick auf die Gesetzesänderung ebenfalls angepasst und gleichzeitig mit der Inkraftsetzung des neuen Revisionsrechts am 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt.<sup>112</sup>

Auch eine gesetzliche Regelung kann die vollständige Unabhängigkeit der Revisionsstelle nicht garantieren. Eine vollständige gesetzmässige Festbeschreibung aller Unabhängigkeitskriterien ist unrealistisch.<sup>113</sup> Dennoch wird durch die gesetzliche Regelung die bessere Durchsetzbarkeit garantiert und damit die Glaubwürdigkeit der Revisionstätigkeit noch in erhöhtem Masse sichergestellt.

<sup>107</sup> Vgl. oben unter III. A. 1.

<sup>108</sup> 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 3969, S. 4026.

<sup>109</sup> Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 nOR und Art. 729 Abs. 2 nOR.

<sup>110</sup> 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 3969, S. 4022.

<sup>111</sup> *Hans Wey* (Fn. 105), S. 335.

<sup>112</sup> Richtlinien zur Unabhängigkeit 2007.

<sup>113</sup> *Wind* (Fn. 74), S. 121.