

Rolf Watter (Hrsg.)

Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision

Eine Standortbestimmung per Ende 2010

Diese Publikation ist hervorgegangen aus Veranstaltungen der «Schweizerischen Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierung (GesKR)» im Juni und September 2010

Verantwortlichkeitsrecht

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	299
II.	Die solidarische Haftung der Revisionsstelle	302
A.	Die absolute Solidarität nach dem Aktienrecht von 1936	302
1.	Die gesetzlichen Vorgaben und ihre Auslegung durch das Bundesgericht	302
2.	Konsequenzen der Rechtsprechung für die Kontrollstellen	302
B.	Die differenzierte Solidarität nach der Aktienrechtsrevision von 1992	304
1.	Entstehungsgeschichte	304
2.	Das Auseinanderfallen von Rechtslage und Rechtswirklichkeit	306
C.	Die geplante Neuregelung	308
1.	Der Vorentwurf und die Vernehmlassung	308
2.	Die Botschaft	309
3.	Kritik an Vorentwurf und Botschaft	310
D.	Alternativen	315
1.	Haftungshöchstsummen für staatlich beaufsichtigte Revisionsgesellschaften	316
2.	Statutarische oder vertraglich vorgesehene Haftungshöchstsumme	316
3.	Prozentuale Pauschalierung der Ersatzpflicht	317
4.	Nach Unternehmensgrösse gestaffelte Haftungshöchstsummen	318
5.	Pauschalierung der Ersatzpflicht auf ein Vielfaches des Revisionshonorars	318
III.	Die Änderung von Art. 755 Abs. 2 OR	319
IV.	Die Kostentragungsregelung	319
V.	Der Beschluss der GV zur Klageerhebung	321
VI.	Die Streichung von Art. 758 Abs. 3 OR	321
VII.	Fazit und Ausblick	322

I. Einleitung

Die verbandsrechtliche Verantwortlichkeit ist das notwendige Korrelat zur Machtfülle von Organen juristischer Personen. Ihr kommen drei Hauptfunktionen zu: (1) Die Haftungsdrohung soll eine sorgfältige Aufgabenerfüllung gewährleisten (präventive Verhaltenssteuerung). Die Vorschriften zur Verantwortlichkeit sind damit ein Teil der Regelungen zur Corporate Governance. Sie dienen dazu, den in der Organstellung immanenten Principal-Agent-Konflikt zwischen den Interessen der Eigentümer (Aktionäre) und der Agenten (Management und Revisoren) zu entschärfen. Der Umstand, dass Gläubiger im Konkurs ebenfalls anspruchsberechtigt sind, verdeutlicht, dass auch ihre Interessen durch

die Verantwortlichkeit geschützt werden sollen. Zum Kreis der Gläubiger zählt auch die Allgemeinheit, die beispielsweise ein Interesse an der Erfüllung sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Pflichten hat. (2) Im Falle mangelnder Sorgfalt stellen die Verantwortlichkeitsvorschriften den Ersatz von dadurch verursachten Schäden bei Aktionären oder Gläubigern sicher (Kompensationsfunktion). (3) Wird ein Verantwortlicher zu hohem Schadensersatz verurteilt, kann dies seine Existenz vernichten, so dass die Auslesefunktion des Wettbewerbs zum Tragen kommt. Dieser Aspekt spielt vor allem bei den Revisionsgesellschaften eine zentrale Rolle¹.

Die gesetzliche Ausgestaltung der Verantwortlichkeitsregeln erweist sich als schwierig. Am eindrücklichsten zeigt sich dies an der Debatte um die Frage, welche Massstäbe Gerichte bei der Überprüfung der Entscheide des Managements anlegen müssen². Angesichts der Komplexität des Wirtschaftslebens ist anerkannt, dass dem Verwaltungsrat bei seinen Entscheidungen ein breiter Ermessensspielraum zusteht. Entscheide sind sehr häufig mit einer Prognoseunsicher-

¹ Bekanntestes Beispiel ist das Ausscheiden der global tätigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Andersen, die in den Enron-Skandal verwickelt war und den Geschäftsbetrieb einstellte, bevor es zu Anklagen oder einer Verurteilung zu Schadensersatz kam, vgl. etwa YVES GENDRON/ LAURA F. SPIRA, *What went wrong? The downfall of Arthur Andersen and the construction of controllability boundaries surrounding financial auditing*, *Contemporary accounting research* 26 (2009), 987 ff.; JERRY W. MARKHAM, *A financial history of modern U.S. corporate scandals*, New York/London, 2006, 197 ff.; STEFAN SCHMID/STEPHAN SCHULZE, *Arthur Andersen: Ein renommiertes internationales Unternehmen zerbricht*, in: Stefan Schmid (Hrsg.), *Strategien der Internationalisierung*, München u.a., 2006, 183 ff. Schockartige Auswirkungen auf die Kurse der von ihr geprüften Unternehmen hatte auch das 2006 vom japanischen Finanzministerium verhängte zweimonatige Tätigkeitsverbot für Chuo Aoyama PricewaterhouseCoopers, vgl. <http://jp.fujitsu.com/group/fri/en/column/message/200605/2006-05-23-1.html>.

² Für die Anwendung der aus dem US-Amerikanischen Recht bekannten Business Judgment Rule PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: *Basler Kommentar OR II*, 3. Aufl., Basel, 2008, Art. 754 N. 31a; ANDREA R. GRASS, *Business Judgment Rule – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, SSHW Band 186, Zürich, 1998, S. 1 ff.; ANDREA R. GRASS, *Management-Entscheidungen vor dem Richter – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, SZW 2000, 1 ff.; ALEXANDER NIKITINE, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide*, SSHW Band 266, Zürich, 2007, 133 ff.; INES PÖSCHEL/ROLF WATTER, *Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane*, *Der Schweizer Treuhänder* 2006, 816, 818. Demgegenüber geht HANS CASPAR VON DER CRONE, *Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, SZW 2006, 2, 9, davon aus, dass die Regel noch nicht gilt, vom Gesetzgeber aber eingeführt werden sollte. Kritisch dagegen PETER V. KUNZ, *Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule»*, FS Druey, Zürich, 2002, 445, 460; PETER V. KUNZ, *Der Minderheiten-schutz im schweizerischen Aktienrecht*, Zürich, 2001, § 6 N. 123; vermittelnd PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich, 2009, § 13 N. 581 ff. m.w.N.; MISCHA KISSLING, *Der Mehrfachverwaltungsrat*, SSHW Band 250, Zürich, 2006, 183 f.

heit belastet. Zudem ist es notwendig, dass das Unternehmen Risiken eingeht. Daher schuldet der Verwaltungsrat nur die sorgfältige Vorbereitung, Evaluation und Umsetzung der Entscheide – nicht aber den Erfolg. Allein der Umstand, dass sich im Nachhinein eine Entscheidung als falsch oder unzweckmässig entpuppt, rechtfertigt noch nicht den Vorwurf einer Pflichtverletzung³. Auch die Ausgestaltung der Haftung der Revisionsstelle ist schwierig. Dabei steht allerdings nicht der Aspekt der Beurteilung von Pflichtverletzungen im Vordergrund, sondern die Frage, ob und inwieweit die Revisionsstelle solidarisch mit den anderen Organen haften soll, weil sie deren Sorgfaltspflichtverstösse nicht bemerkt hat.

Die gegenwärtig diskutierte Aktienrechtsrevision lässt das Verantwortlichkeitsrecht in seiner Grundstruktur unangetastet und möchte nur fünf Einzelpunkte reformieren. Vorgeschlagen ist eine Begrenzung der solidarischen Haftung der Revisionsstelle, eine redaktionelle Änderung von Art. 755 Abs. 2 OR, eine Verschiebung der Kostentragsregel in die ZPO⁴, die Möglichkeit für die Generalversammlung, die Verwaltung zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage anzuweisen sowie die Streichung von Art. 758 Abs. 3 OR (nachfolgend II. bis VI.).

Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei»⁵ hat sich als Sprengsatz für die Aktienrechtsrevision erwiesen und den Fortgang ihrer parlamentarischen Beratungen nachhaltig gebremst⁶. Die vorgeschlagenen Änderungen des Verantwortlichkeitsrechts sind von der Minder-Initiative zwar inhaltlich nicht betroffen⁷, ihre Verabschiedung wird gleichwohl aufgrund der politischen Kontroversen, die die Initiative ausgelöst hat, verzögert⁸. Bemerkenswert ist, dass von den fünf vorgeschlagenen Änderungen nur eine, nämlich die Reform der solidarischen Haftung der Revisionsstelle, kontrovers diskutiert wird. Auf sie ist daher vertieft einzugehen. Die übrigen Änderungsvorschläge zogen entweder gar keine Aufmerksamkeit auf sich oder stiessen auf ungeteilte Zustimmung.

³ BÖCKLI (FN 2), § 13 N. 582; HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 5, 8.

⁴ Gemeint ist hier und im Folgenden die neue Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, welche am 1.1.2011 in Kraft treten wird.

⁵ BBl 2006, 8756.

⁶ Dazu ausführlich PETER FORSTMOSER, S. 1 ff. (in diesem Band); ROLF SETHE/MORITZ SEILER, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 2010, 510 ff.

⁷ Allerdings nutzte der Bundesrat die wegen der Abzockerinitiative am 5. Dezember 2008 verabschiedete Zusatzbotschaft (Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht); BBl 2009 327 f.), um einen in der Botschaft enthaltenen Fehler in der Kostentragsregelung zu beseitigen, dazu unten IV.

⁸ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats hat am 25. Februar 2010 beschlossen, die Aktienrechtsrevision von der Volksinitiative zu entkoppeln und alle die Corporate Governance betreffenden Bestimmungen der Vorlage des Bundesrates vorerst nicht weiter zu behandeln, vgl. <http://www.parlament.ch/d/mm/2010/seiten/mm-rk-n-2010-03-26.aspx>.

II. Die solidarische Haftung der Revisionsstelle

A. Die absolute Solidarität nach dem Aktienrecht von 1936

1. Die gesetzlichen Vorgaben und ihre Auslegung durch das Bundesgericht

Das Aktienrecht von 1936 sah in Art. 754 Abs. 1 OR vor, dass alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich waren, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachten. Waren für einen Schaden mehrere Organe verantwortlich, statuierte das Aktienrecht von 1936 eine solidarische Haftung. Art. 759 OR a.F. bestimmte: *«(1) Sind mehrere Personen für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie solidarisch. (2) Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter nach dem Grade des Verschuldens des Einzelnen bestimmt.»*

Das Bundesgericht ging davon aus, dass der Grad des Verschuldens der einzelnen Verantwortlichen im Aussenverhältnis gegenüber den Geschädigten keine Rolle spielte, sondern erst bei der Frage des Regresses im Innenverhältnis zu berücksichtigen war⁹ (absolute Solidarität). Der Grad des Verschuldens und individuelle Herabsetzungsgründe (Art. 43, 44 OR) waren im Aussenverhältnis daher unbeachtlich. Die Möglichkeit, dass wegen Zahlungsunfähigkeit der anderen Schuldner der Rückgriff ergebnislos bleibt, stellte nach Ansicht des Bundesgerichts keinen Grund für die Beschränkung der Haftung des belangten Schuldners dar, denn es wäre noch ungerechter, wenn der Geschädigte anstelle eines der Schadensstifter den Verlust tragen müsste¹⁰. Die absolute Solidarität galt nicht nur für die Verantwortlichkeit mehrerer Mitglieder innerhalb eines Organs, sondern auch für das Verhältnis von Verwaltungsrat und Kontrollstelle.

2. Konsequenzen der Rechtsprechung für die Kontrollstellen

Diese Rechtsprechung erwies sich vor allem für die Kontrollstelle als nachteilig. Zumeist übernahmen als juristische Personen organisierte Wirtschaftsprü-

⁹ BGE 59 II 458 f.; 93 II 322; 97 II 415 f.; ZR 1976 Nr. 21 und ST 1976, 9, 27; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl. Zürich 1987, N. 397. In einzelnen Entscheiden postulierte das BGR sogar eine solidarische Haftung für jenen Teil des Schadens, der von dem beklagten Organmitglied gar nicht mitverursacht wurde (überkausale Haftung), vgl. BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 481 m.w.N. auch zu dem deshalb bestehenden Theorienstreit.

¹⁰ BGE 97 II 416.

fungsgesellschaften die Aufgaben einer Kontrollstelle. Diese waren fast immer gut versichert und verfügten regelmässig über eine grössere Haftungsmasse als die natürlichen Personen, die als Mitglieder des Verwaltungsrates tätig waren. Im Falle der Verurteilung zur solidarischen Haftung von Verwaltungsrat und Kontrollstelle forderten die Geschädigten den gesamten Schadensersatz von der Kontrollstelle. Diese trug das Risiko, ihre Regressansprüche nicht oder nicht in voller Höhe verwirklichen zu können.

Dieses Ergebnis wurde auch deshalb als stossend empfunden, weil es den Umstand ignorierte, dass allein durch die ungenügende Arbeit der Kontrollstelle nie ein Schaden verursacht werden kann. Da sie für die Prüfung der Jahresrechnung zuständig ist, kommt als Pflichtverletzung eine ungenaue Prüfung oder ein – um den Erhalt des Mandat willen – pflichtwidrig erteiltes Testat in Betracht. Möglich ist auch ein Unterlassen der Einberufung der Generalversammlung (Art. 699 Abs. 1 OR a.F.) und ein Unterlassen der Mitwirkung bei der Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung¹¹. Kam die Kontrollstelle diesen Pflichten nicht ordnungsgemäss nach, führte dies nur dazu, dass ein Schaden, den ein anderes Organ verursacht hat, nicht oder zu spät entdeckt wurde. Die Kontrollstelle hatte also stets nur eine sekundäre Verantwortung. Hinzu kam die im Vergleich zum Verwaltungsrat «atypische» Stellung der Kontrollstelle, der gerade keine umfassenden Überwachungskompetenzen über die Geschäftsführung zustand. Sie verfügte weder über das gleiche Informationsniveau wie der Verwaltungsrat noch standen ihr Geschäftsführungskompetenzen zu (sieht man von der hilfsweisen Zuständigkeit zur Einberufung der Generalversammlung ab).

Schliesslich zeigte die praktische Erfahrung, dass die Kontrollstelle rein tatsächlich im Prozess benachteiligt war. Bei ihr liessen sich Pflichtverletzungen leichter nachweisen als beim Verwaltungsrat, da sie einen Prüfauftrag hat und die Erkenntnis, dass die Jahresrechnung erkennbar falsch war, regelmässig als Beleg für die Sorgfaltswidrigkeit ausreichte. Auch waren und sind Richter eher geneigt, die Wirtschaftsprüfer zu verurteilen, da sie über ausreichend Vermögen und zumeist über eine Haftpflichtversicherung verfügen (Deep-Pocket-Argument).

¹¹ Eine die Revisionsstelle treffende Pflicht, im Falle der Überschuldung *selbst* den Richter zu benachrichtigen, findet sich erst seit 1992 ausdrücklich im Gesetz (Art. 729b Abs. 2 OR a.F.). Die Rechtsprechung hat zuvor allein die Pflicht bejaht, die Generalversammlung zu benachrichtigen, vgl. BGE 86 II 182, 184: «Die Verwaltung hätte daher gemäss Art. 725 Abs. 3 OR schon damals den Richter benachrichtigen müssen, und da sie es nicht tat, wäre es nach Art. 729 Abs. 3 OR Sache der Kontrollstelle gewesen, diese Gesetzesverletzung der Generalversammlung mitzuteilen und ihr den Antrag zu stellen, die Benachrichtigung des Richters zu beschliessen (...) Diese (die Kontrollstelle) kann sich, falls ihren Anträgen nicht entsprochen wird, jeder Verantwortung entschlagen, allenfalls auch zurücktreten; einen Zwang gegen die Verwaltung oder auf die Generalversammlung vermag sie dagegen nicht auszuüben, auch nicht durch den Arm des Richters.»

Daher entstand für die Kontrollstelle im Schadensfall regelmässig die Situation der solidarischen Haftung mit anderen Verantwortlichen. Sehr häufig handelten diese Mitglieder anderer Organe vorsätzlich oder grob fahrlässig, die Kontrollstelle dagegen nur (leicht) fahrlässig. Aufgrund des Konzepts der absoluten Solidarität hafteten im Aussenverhältnis dennoch alle Verantwortlichen auf den vollen Schadensersatz, da sich das unterschiedliche Ausmass an Verantwortung nur im Innenverhältnis unter den Schädigern auswirkte. Aufgrund ihrer tiefen Taschen war es vor allem die Kontrollstelle, die deshalb von den Geschädigten in Anspruch genommen wurde und zunächst den vollen Schaden zu begleichen hatte. Im Innenverhältnis hatte sie aufgrund ihres im Vergleich zu den anderen Verantwortlichen oft nur leichten Verschuldens eigentlich den geringsten Anteil des Schadens zu tragen. Tatsächlich aber konnte sie häufig keinen Regress nehmen, weil die anderen Verantwortlichen mittellos oder gar unauffindbar waren.

B. Die differenzierte Solidarität nach der Aktienrechtsrevision von 1992

1. Entstehungsgeschichte

Diese faktische Benachteiligung der Kontrollstelle im Vergleich zu den anderen Verantwortlichen löste eine rege Diskussion aus¹², die sich in den parlamentarischen Beratungen zur letzten Aktienrechtsrevision fortsetzte: Die bundesrätliche Botschaft von 1983 sah in Art. 759 Abs. 2 E-OR folgende Einschränkung der solidarischen Haftung des nun Revisionsstelle genannten Organs vor: «*Wer der Revisionshaftung untersteht und für einen fahrlässig mitverursachten Schaden solidarisch mit andern Personen einzustehen hat, haftet bis zu dem Betrag, für den er zufolge Rückgriffs aufkommen müsste.*»¹³ Die Solidarität der Haftung nach aussen sollte also auf den Betrag herabgesetzt werden, für den die Revisoren

¹² ROLF BÄR, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SAG 58 (1986), 57, 64 ff.; WOLFHART F. BÜRGI/URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, in: ZK zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5 Das Obligationenrecht, Zürich, 1979, Art. 759 N. 10 ff.; PETER FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte, in: Hans J. Bär u.a. (Hrsg.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, SSHW Band 29, Zürich, 1978, S. 52 ff.; PETER FORSTMOSER, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 78 (1982), 369, 370 ff.; PETER FORSTMOSER, Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, SSHW 74, Zürich 1984, 109, 124; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 9), N. 271, 365 ff., 397; HEINZ REICHWEIN, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968), 129 ff.; CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft, in: Hans J. Bär u.a. (Hrsg.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, SSHW Band 29, Zürich, 1978, 67 ff.; CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, 297 ff.

¹³ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745, 850 f., 992.

bei einem Regress im Innenverhältnis aufkommen müssten. Die Revisoren sollten sich auch im Aussenverhältnis darauf berufen können, dass ihr Verschulden geringer sei, als dasjenige der Verwaltungsräte oder der Geschäftsführer. Somit bestand die Solidarität grundsätzlich zwar weiter, erstreckte sich aber nicht auf den ganzen, sondern bloss auf den von der Revisionsstelle fahrlässig verursachten Schaden. Dabei stellte die Botschaft¹⁴ klar, dass die neue Vorschrift sich nur auf das Verhältnis zwischen Revisionshaftung einerseits und Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation andererseits beziehen sollte; die Solidarität der Haftung mehrerer Revisoren richte sich nach den allgemeinen Regeln. Zudem wurde betont, dass die Beschränkung nur im Falle der Fahrlässigkeit gelten sollte und somit nicht, wenn Verwaltungsratsmitglieder, Geschäftsführer und Revisoren den Schaden durch absichtliches Zusammenwirken verursacht haben.

Ergänzend enthielt die Botschaft¹⁵ in Art. 759 Abs. 3 E-OR folgende Einschränkung: *«Dasselbe gilt für Personen, deren Verschulden im Verhältnis zu demjenigen ihrer solidarisch Mithaftenden geringfügig ist.»* Schliesslich regelte Art. 759 Abs. 4 E-OR den Rückgriff¹⁶: *«Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter nach dem Anteil des Einzelnen an der Gesamtverursachung und unter Berücksichtigung des Verschuldens sowie der übrigen Umstände bestimmt.»*

Die in der Botschaft enthaltene Idee der Einschränkung der absoluten Solidarität stiess im Grundsatz auf Zustimmung. Wie weit diese Einschränkung reichen sollte, blieb jedoch bis zum Schluss der parlamentarischen Beratungen umstritten. Man veränderte den Wortlaut des Art. 759 E-OR mehrfach¹⁷ und verzichtete am Ende doch auf einen völligen Gleichlauf von Aussen- und Innenverhältnis. Art. 759 OR erhielt folgenden Wortlaut:

- «(1) Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.*
(2) Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.
(3) Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter in Würdigung aller Umstände bestimmt.»

¹⁴ Botschaft (FN 13), BBI 1983 851.

¹⁵ Botschaft (FN 13), BBI 1983 992.

¹⁶ Botschaft (FN 13), BBI 1983 992.

¹⁷ Amtl. Bull. NR 1985 1788 f.; SR 1988 527 ff.; NR 1990 1389 ff.; SR 1991 76; NR 1991 852 ff.

2. Das Auseinanderfallen von Rechtslage und Rechtswirklichkeit

Mit der (bis heute geltenden) Neuregelung war somit die absolute Solidarität abgeschafft und durch eine differenzierte Solidarität ersetzt worden, was im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung stiess¹⁸. Das Bundesgericht änderte nachfolgend seine Rechtsprechung auch zum alten Recht entsprechend¹⁹ und vollzog damit, was nach teilweise vertretener Ansicht ohnehin schon zuvor geltendes Recht gewesen wäre²⁰. Ein Teil des Schrifttums erkannte jedoch sofort, dass diese Regelung langfristig keinen Bestand haben würde. Man kritisierte die gefundene Lösung, da bereits die Grundidee einer solidarischen Haftung von Kontrolliertem und Kontrolleur «aberwitzig» sei²¹. Man habe den Revisor wie einen Anstifter oder Gehilfen des pflichtwidrig handelnden Verwaltungsrats eingestuft, ohne zu erkennen, dass sich die Kompetenzen der Revisionsstelle auf eine sekundäre Rolle beschränkten (dazu auch oben II. A.).

Die von den Kritikern geäusserten Befürchtungen, dass die Haftungssituation der Revisionsstelle nicht nachhaltig verbessert worden sei, bewahrheiteten sich rasch. Das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, wonach ein Revisor nur für eigenes Verschulden einzustehen habe, wurde nicht erreicht. Zwar haftet die Revisionsstelle im Aussenverhältnis nicht mehr für den vollen Schaden, sondern nur noch im Umfang ihres Verschuldens für den von ihr mitverursachten Schaden (s. die Tabelle unten bei C. 2). Zudem steht ihr im Innenverhältnis die Möglichkeit des Regresses bei den Hauptverantwortlichen zu; dieser Regress scheitert aber oft, da diese nicht mehr greifbar oder vermögenslos sind. Zudem hat die Revisionsstelle tiefe Taschen und ist gut versichert. Auch berücksichtigte die Reform nicht den bereits erwähnten Umstand, dass sich ein Fehlverhalten der Revisionsstelle regelmässig leichter nachweisen lässt als das von Mitgliedern anderer Organe.

In der Praxis waren es daher die Revisionsstellen, die primär in Anspruch genommen wurden: Gerade im Konkursfall werden die Revisionsstellen regelmässig zur Kasse gebeten, da der Konkursverwalter auf diese Weise die Masse vergrössern kann und er sich in einer günstigen Beweislage befindet, da ihm sämtliche Unternehmensinterna zur Verfügung stehen. Die ganz überwiegende

¹⁸ Statt vieler BSK-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 2), Art. 759 N. 1 («geglückte Lösung»); BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 495 («geglückt»), wobei Letzterer eine Einschränkung in Bezug auf die differenzierte Solidarität der Revisionsstelle macht. Vgl. auch die Nachweise bei VITO ROBERTO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29, 32 FN 34.

¹⁹ BGer 4C.147/1995 vom 11. Juni 1996, E. 5a und 5b, insoweit nicht abgedruckt in BGE 122 III 324.

²⁰ PETER FORSTMOSER, Den Letzten beißen die Hunde – Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: FS Schmid, Zürich, 2001, 483, 484 FN 7.

²¹ BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 519a.

Zahl der Verfahren wird aussergerichtlich abgewickelt²². *Forstmoser* hat diese missliche Haftungssituation der Revisionsstelle eindrücklich in einem Aufsatz mit dem Titel «Den Letzten beißen die Hunde» beschrieben²³; *Böckli* bezeichnet die Revisionsstelle als «gesetzlichen Ausfallbürgen für zahlungsunfähige Verwaltungsräte»²⁴.

Diese Entwicklung ist nicht nur deshalb problematisch, weil eines der Ziele der Aktienrechtsrevision von 1992 nicht erreicht wurde. Vielmehr führt ein überproportionales Haftungsrisiko u.U. zu schlechter Leistung, da die Revisionsstelle sich auf die Haftungsvermeidung konzentriert statt ihrer eigentlichen Aufgabe der Prüfung nachzugehen²⁵. Ein überproportionales Haftungsrisiko bewirkt zudem eine schlechte oder gar fehlende Versicherbarkeit²⁶. Welchen dramatischen Effekt dies haben kann, belegt ein Beispiel aus den USA. 1984 kam es zu einer Prozessflut gegen *directors* und *officers* amerikanischer Gesellschaften²⁷. Die Prämien der D & O Insurances stiegen daraufhin von 54 % im Jahre 1984 auf 700 % im Jahre 1987²⁸. Aufgrund dessen liess sich das Haftpflichtrisiko faktisch nicht mehr versichern. Diese Entwicklung führte dazu, dass zahlreiche *directors* ihre Positionen aufgaben. Die dadurch ausgelöste Krise erforderte schliesslich ein Eingreifen der einzelstaatlichen Gesetzgeber mit dem Ziel, die Haftung des Managements wieder kalkulierbar zu machen²⁹.

²² BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 191c, 519d geht davon aus, dass dabei die Revisionsstellen im Konkurs 90 % aller Schadensersatzzahlungen leisten, während die hauptverantwortlichen Verwaltungsräte gerade einmal 10 % zur Regulierung der Schäden beitragen. Nähere Angaben zur Quelle dieser Zahlen fehlen jedoch.

²³ FORSTMOSER (FN 20). Siehe auch WALTER DORALT, Haftungsbegrenzung für die Revisionsstelle – Notwendigkeit oder Privileg?, SZW 2006, 168 f.

²⁴ PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, SnA Band 8, Zürich 1994, 16.

²⁵ JEAN NICOLAS DRUEY, **Rechtsstellung und Aufgaben des Abschlussprüfers**, in: **Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers**, Zürich 1980, 9 ff. sowie 20: «Die Gefahr ist, dass zu strenge Verantwortlichkeit, verbunden mit Unbestimmtheit der Verhaltensmassstäbe, das Gegenteil von ihrem Zweck bewirkt, indem man beginnt, gegen statt für den Kunden zu arbeiten».

²⁶ Ebenso BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 192.

²⁷ Bekanntester Fall dürfte das Urteil des Supreme Court of Delaware im Fall SMITH v. VAN GORKOM 488 A.2d 858 (1985) sein, bei dem es um die Übernahme der TRANS UNION CORPORATION ging. Die Direktoren waren auf 50 Mio. \$ Schadensersatz verklagt worden. Erhoben wurde der Vorwurf unsorgfältiger Geschäftsführung, da die Entscheidungsfindung bei der Übernahme unsorgfältig vorbereitet gewesen sei. Das Verfahren endete mit einem Vergleich über 23,5 Mio. \$. Die Haftpflichtversicherung der beklagten Direktoren musste daraufhin die vereinbarte Deckungssumme von 10 Mio. \$ leisten, hierzu und zum Folgenden ROLF SETHE, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, Köln, 1996, 227 f. S.a. HARTWIN BUNGER, AG 1994, 297 ff., 302 m.w.N.

²⁸ Bezugsjahr ist 1974 mit 100 %.

²⁹ Vgl. hierzu die Beiträge von KARL KREUZER und RICHARD M. BUXBAUM, in: Kreuzer (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsgorgane von Kapitalgesellschaften, Baden-Baden 1991, 7 f. bzw. 99.

Schliesslich birgt ein zu grosses Haftungsrisiko noch einen weiteren Effekt. Kleine Revisionsunternehmen, die keinen eigenen Versicherungsschutz über Eigenversicherungen (Captives) aufbauen können, werden bei stark steigenden Prämien vom Markt gedrängt, da sie sich die Prämien nicht leisten können. Da die Konzentration im Bereich der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sehr hoch ist und börsenkotierte sowie grosse Aktiengesellschaften in der Schweiz faktisch nur von den sogenannten Big Four geprüft werden (können)³⁰, verhindert das hohe Haftungsrisiko letztlich den Markteintritt anderer Prüfgesellschaften in den Markt für die Prüfung solcher Unternehmen.

C. Die geplante Neuregelung

1. Der Vorentwurf und die Vernehmlassung

Der Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 sah im Falle leichter Fahrlässigkeit eine Haftungsobergrenze der Revisionsstelle vor: Art. 759 Abs. 1^{bis} VE-OR: «*Wer der Revisionshaftung untersteht und nur für leichtes Verschulden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet höchstens bis zum Betrag von 10 Millionen Franken. Bei der Revision von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind und bei der Revision von wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften nach Artikel 727 ist die Haftung für leichtes Verschulden auf 25 Millionen Franken beschränkt.*»³¹.

In der Vernehmlassung stiess dieser Vorschlag auf sehr viel Kritik³². Die Mehrheit der Stellungnahmen lehnte die vorgeschlagene summenmässige Haftungsbegrenzung als unsachgemäss ab, zum Teil unter Hinweis darauf, dass die Revisionsstelle gegenüber den anderen potentiell Verantwortlichen grundlos bevorzugt werde, zum Teil, weil eine komplette Überarbeitung des Verantwortlichkeitsrechts für sinnvoller erachtet wurde. Ein Teil der Befürworter einer summenmässigen Haftungsbegrenzung forderte eine stärkere Abstufung der Haftungshöchstsummen.

³⁰ Zum bestehenden Oligopol im Markt für Prüfungen von börsenkotierten und grossen Aktiengesellschaften sowie Prüfungen von Banken und Versicherungen vgl. WEKO, RPW 1998/2, 214 ff. («Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand»); WEKO, RPW 2002/2, 356 ff.; 2002/3, 469 ff. («Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG»). Vgl. auch die Interpellation 02.3155 («Andersen-Pleite. Bald ein Oligopol der Revisionsgesellschaften?») im NR vom 22.3.2002, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20023155.

³¹ Vorentwurf vom 2. Dezember 2005, 87 f., <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

³² Vgl. die Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse vom Februar 2007, 25, <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

2. Die Botschaft

Als Reaktion auf die überwiegende Ablehnung des Vorentwurfs sieht die Botschaft vom 21. Dezember 2007 keine summenmässige Haftungsbeschränkung mehr vor, sondern schlägt nun in Art. 759 I^{bis} E-OR einen Gleichlauf von Aussen- und Innenhaftung vor: «*Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, haften bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.*»³³ Damit greift die Botschaft die bereits 1983 vorgeschlagene Lösung (s.o. II. B. 1.) wieder auf. Um zu verhindern, dass der Richter zwischen verschiedenen Formen der Fahrlässigkeit differenzieren muss, gilt die vorgeschlagene Privilegierung für jede Form der Fahrlässigkeit³⁴. Der Grad der Fahrlässigkeit spielt nur für die Bestimmung der Grösse des Verschuldens und damit für die Bemessung der Höhe (potentiellen) Rückgriffs eine Rolle.

Folgendes Beispiel verdeutlicht die Unterschiede der bereits dargestellten bisherigen Gesetzesfassungen und des in der Botschaft gemachten Vorschlags: Der Schaden beträgt 100'000 Fr., der Verwaltungsrat handelte vorsätzlich (Haftungsquote 100%), die Revisionsstelle übersah dies leicht fahrlässig (Haftungsquote 20%).

	Schaden	Haftung VR nach aussen	Haftung RS nach aussen	Regress RS beim VR
absolute Solidarität	100'000	100'000	100'000	90'000
differenzierte Solidarität	100'000	100'000	20'000	10'000
auf Rückgriff eingeschränkte Solidarität	100'000	100'000	10'000	0

Solange alle Beteiligten solvent sind, ergeben sich keine Unterschiede zwischen den drei Arten der solidarischen Haftung, da der in Anspruch genommenen Revisionsstelle der Regressweg offen steht. Kann jedoch der Verwaltungsrat nicht leisten, trägt die Revisionsstelle bei der absoluten und der differenzierten Solidarität mehr vom Schaden als ihrem Verschuldensanteil entspricht. Die auf Rückgriff eingeschränkte Solidarität vermeidet dieses Ergebnis.

Der Ständerat hat dem bundesrätlichen Vorschlag zugestimmt³⁵.

³³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589, 1694 ff. sowie den Entwurf, BBl 2008 1751, 1787.

³⁴ Botschaft (FN 33), BBl 2008 1696.

³⁵ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009 713.

3. Kritik an Vorentwurf und Botschaft

a) Nichtberücksichtigung wettbewerblicher Aspekte

Der Vorentwurf und die Botschaft beschreiben zutreffend die Probleme, die das bisherige Recht verursachte, ziehen hieraus aber nur unzureichende Konsequenzen. Die vorgeschlagene Regelung berücksichtigt vor allem die haftungsrechtlichen Aspekte und vernachlässigt die wettbewerblichen³⁶.

Dadurch, dass die Haftungssumme nicht in der Höhe begrenzt ist, kann – auch bei der nun privilegierten Fahrlässigkeit – ein so grosser Schadensfall eintreten, dass das Revisionsunternehmen in Konkurs fällt³⁷. In diesem Fall würde die ohnehin schon sehr hohe Marktkonzentration im Bereich der Prüfung grosser und börsenkotierter Aktiengesellschaften³⁸ weiter zunehmen³⁹. Dieser Aspekt spricht dafür, eine Haftungsobergrenze einzuführen, wie es der Vorentwurf vorsah⁴⁰. Die Forderung nach einer solchen Lösung wird nach meiner Kenntnis nicht nur von den Revisionsunternehmen, sondern auch aus dem Lager der Versicherungen unterstützt.

Allerdings hat ihr der Gesetzgeber nicht ohne Weiteres nachgegeben und das zu Recht. Es ist bislang ungeklärt, in welchem Verhältnis die Gewinne der Revisionsunternehmen zur Höhe der von ihnen zu entrichtenden Versicherungsprämien stehen und wie stark die Konkurrenz auf dem Marktsegment der Prüfung grosser und börsenkotierter Unternehmen heute ist. Eine Privilegierung der Revisionsunternehmen durch eine Haftungshöchstsumme bedarf einer Rechtfertigung, für die – zumindest in Bezug auf den Schweizerischen Markt – bislang nicht genügend Argumente vorgetragen worden sind⁴¹. Überspitzt könnte man

³⁶ Zwar findet sich in der Botschaft (FN 33), BBl 2008 1695, der folgende Satz: «Weiter gilt es, einen funktionierenden Markt mit Revisionsdienstleistungen zu sichern: Es ist zu vermeiden, dass Revisionsstellen auf existenzbedrohende Schadenssummen belangt werden können, obwohl ihr Verschulden im Vergleich mit demjenigen der andern beteiligten Personen sehr gering ist.» Details zur wirtschaftlichen Lage der Revisionsgesellschaften oder zum Markt für Prüfungen fehlen aber. Auch werden keine entsprechenden Konsequenzen gezogen.

³⁷ Ebenso BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 519i; PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Festschrift Boemle, Zürich 2008, 235, 245.

³⁸ S.o. FN 30.

³⁹ Diese Befürchtung äussert auch BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 191z; siehe auch das Zitat aus der Botschaft in FN 36.

⁴⁰ Zustimmung HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 16 ff.

⁴¹ Ein starkes Indiz dafür, dass Haftungshöchstsummen den Wettbewerb im Marktsegment um die Prüfung grosser Unternehmen belebt, zeigt die Studie von LONDON ECONOMICS/RALF EWERT, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (MARKT/2005/24/F) Final Report to EC-DG Internal Market and Services, September 2006, 179. In Märkten mit Haftungshöchstsumme ist die Marktkonzentration nicht so hoch. Andererseits ist streitig, ob dadurch nicht die angewendete Sorgfalt sinkt, vgl. FN 45.

formulieren: Um die Kleinen zu fördern, muss man nicht die Grossen privilegieren. Eine starre betragsmässige Haftungshöchstsumme, die nicht an die Grösse des Revisionsunternehmens anknüpft, begünstigt faktisch die grossen Revisionsunternehmen, aus deren Sicht nur die «Peanuts» zu versichern sind, während Revisoren, die kleine und mittlere Unternehmen prüfen, das volle Risiko versichern müssen⁴².

Auf dem Markt für die Revision von KMUs sowie auf dem Markt für Treuhand sind in der Schweiz dagegen mehrere tausend Unternehmen tätig⁴³, so dass in diesem Marktsegment kein Wegbrechen des Wettbewerbs zu befürchten ist. Hier wäre eine Haftungshöchstsumme also nicht nötig, um den Wettbewerb aufrecht zu erhalten. In letzter Konsequenz müsste man daher bei der Frage, ob Haftungshöchstsummen eingeführt werden sollen, nach Marktsegmenten differenzieren, was jedoch den geschädigten Gläubigern⁴⁴ und auch der Öffentlichkeit kaum vermittelbar sein dürfte.

Auch der in Diskussionen immer wieder zu hörende Hinweis darauf, dass der Zusammenbruch von Arthur Andersen ein Beispiel für die Notwendigkeit von Haftungshöchstgrenzen sei, überzeugt nicht. Im Falle Arthur Andersen ging es um die vorsätzliche Beihilfe zu Bilanzmanipulationen. Für Vorsatz aber war nie eine Haftungsprivilegierung im Gespräch und auch jene Staaten, die eine starre Haftungsobergrenze kennen (z.B. Deutschland und Österreich), knüpfen diese an Fahrlässigkeit.

Im Übrigen ist fraglich, ob nicht eine Haftungshöchstsumme auch dazu führt, dass die Sorgfalt und damit die Qualität der Prüfung nachlassen⁴⁵. Deutschland, das mit § 323 Abs. 2 HGB seit langem eine in der Summe sehr niedrige Haftungsbegrenzung (1 Mio. € bzw. bei kotierten Gesellschaften 4 Mio. €) kennt, hat 2005 eine «Bilanzpolizei»⁴⁶ eingeführt, um die Jahresabschlüsse börsenkotierter Unternehmen zu überprüfen. Die zu Tage getretenen ersten Ergebnisse waren

⁴² Ebenso BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 190a, der unter Berufung auf BERTSCHINGER, Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, ST 1999, 911, 917 f., statt einer Haftungsobergrenze die analoge Anwendung von Art. 99 Abs. 2 OR befürwortet.

⁴³ WEKO, RPW 2002/3, 473 N. 20 («Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG»).

⁴⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 16, weist darauf hin, dass auch die Gläubiger ein Interesse an einer Haftungshöchstsumme haben, da dies die indirekten Kosten der AG verringere. Gläubiger vertrauen aber auch auf die Jahresrechnung und wollen im Falle des Scheiterns der Unternehmung Kompensation ihrer kausal durch eine fehlerhafte Revision verursachten Schäden, so dass sich Haftungshöchstsummen immer zulasten der Gläubiger auswirken, die gerade keine Verantwortung für das Scheitern des Unternehmens tragen.

⁴⁵ So die bei LONDON ECONOMICS/RALF EWERT (FN 49), 154 zitierten Studien sowie RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, 146, 153; anders aber die Schlussfolgerung von LONDON ECONOMICS/RALF EWERT (FN 49), 180.

⁴⁶ <http://www.frep.info>.

erschütternd; rund ein Viertel der Bilanzen war fehlerhaft⁴⁷. Ob es einen Kausalzusammenhang mit der Haftungshöchstsumme für Prüfer gibt, ist bislang nicht nachgewiesen. Zumindest stimmen jedoch die Notwendigkeit für die Einführung der «Bilanzpolizei» und deren Ermittlungsergebnisse sehr nachdenklich.

Dass der Gesetzgeber die Lösung des Vorentwurfs aufgegeben hat, erweist sich also als überzeugend⁴⁸. Offen bleibt damit noch die Frage nach der Versicherbarkeit. Eine potentiell unbegrenzte Haftung führt dazu, dass für mittelgrosse Prüfegesellschaften die Versicherbarkeit nur noch schwer zu erreichen ist, wenn sie grosse Unternehmen prüfen wollen. Grosse Revisionsunternehmen können es sich dagegen leisten, Eigenversicherungen zu errichten. Will ein Revisionsunternehmen, das nicht zum Kreis der Big Four gehört, in dieses Marktsegment vordringen (was unter Wettbewerbsgesichtspunkten wünschenswert wäre), muss es das Problem der Versicherbarkeit so hoher Schadenssummen überwinden. Mangels ausreichender Grösse wird es dem Unternehmen schwer fallen, ebenfalls eine Eigenversicherung zu errichten. Indem der Gesetzgeber die Frage der Versicherbarkeit jetzt nicht thematisiert, «zementiert» er faktisch den derzeitigen Markt für die Prüfung grosser und börsenkotierter Aktiengesellschaften; die hohe Marktkonzentration und die geringen Markteintrittschancen neuer Bewerber werden ein dauerhaftes Problem bleiben. Die im Auftrag der EU-Kommission durchgeführte Studie von *London Economics* kommt zu dem Ergebnis, dass es in absehbarer Zeit keinem der mittelgrossen Wettbewerber gelingen wird, in den Markt für die Prüfung grosser und börsenkotierter Unternehmen vorzustoßen⁴⁹. Deshalb müsste der Gesetzgeber überlegen, welche Instrumente einen stärkeren Wettbewerb fördern. Momentan profitieren die Big Four von den Eigenversicherungen, die ihnen eine günstige Versicherung erlauben und deren Erträge ihnen letztlich wieder zufließen. Würde man Anreize schaffen, dass auch mittlere Gesellschaften sich günstiger gegen Grossschäden versichern können, wäre der Wettbewerb in dem Marktsegment der Prüfung grosser und börsenkotierter Gesellschaften gestärkt. Solche Anreize können jedoch aus den genannten Gründen nicht in einer starren Haftungshöchstsumme bestehen. Vielmehr müssen sie mittels anderer Instrumente, wie z.B. in einer Erleichterung der Versicherbarkeit für Grossschäden, geschaffen werden, indem man – etwa wie bei der mit risikoadäquater Beitragsbemessung versehenen Einlagensicherung – eine Poollö-

⁴⁷ <http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/0,2828,656840,00.html>.

⁴⁸ Ebenso BÖCKLI/BÜHLER (FN 37), 262 f.; RICO CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, Haftungsreform für die Abschlussprüfung – Europäische, amerikanische und schweizerische Sicht, ST 2007, 256, 259; WALTER DORALT, SZW 2006, 168 ff.

⁴⁹ LONDON ECONOMICS/RALF EWERT, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (MARKT/2005/24/F) Final Report to EC-DG Internal Market and Services, September 2006, 40 ff., http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final_report_en.pdf; RICO CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, ST 2007, 256.

sung vorschreibt, die zu einer tragfähigen Versicherbarkeit für *alle* angeschlossenen Unternehmen führt. Möglich wäre es auch, über eine strikte Trennung der Tätigkeit als Revisor und derjenigen als Unternehmensberater und Rechtsberater nachzudenken. Die Koppelung verschafft derzeit vor allem den Big Four eine starke Marktstellung, die sie dann im Markt für Revisionen ausspielen können. Würde man die Unabhängigkeit der Revisionstätigkeit vorschreiben und diesen auch jegliche Personal- und Konzernverflechtungen zu Beratungsfirmen untersagen⁵⁰, könnte dies den Wettbewerb im Marktsegment um die Prüfung grösserer Gesellschaften ebenfalls fördern. Im Rahmen dieses Beitrags ist nicht der Platz, um diese Überlegungen bis ins Detail auszubauen. Feststellen kann man jedoch, dass die Botschaft nur einen Teilbereich der bestehenden Probleme des Verantwortlichkeitsrechts aufgreift und es sinnvoll wäre, wenn der Gesetzgeber diese Fragen im Detail prüft (siehe auch sogleich D.)⁵¹.

b) Etikettenschwindel?

Die Botschaft spricht davon, dass der Entwurf die bereits im geltenden Recht vorgesehene Regelung der differenzierten Solidarität *verdeutliche*⁵². Faktisch soll die solidarische Haftung bei leichter Fahrlässigkeit abgeschafft werden⁵³, denn die Gleichsetzung der Haftung von Innen- und Aussenverhältnis beseitigt den in Art. 143, 144 OR enthaltenen Kern der solidarischen Haftung, wonach der Gläubiger von jedem Schuldner den vollen Betrag fordern kann. Ehrlicher wäre es, die Abschaffung auch ausdrücklich ins Gesetz zu schreiben, es sei denn, der Gesetzgeber bezweckt mit der Formulierung, dass bestimmte Teile der Regeln über die solidarische Haftung fortbestehen sollen. Als solche käme Art. 148 Abs. 3 OR in Betracht, wonach sich die Haftung der übrigen solidarisch Haftpflichtigen erhöht, falls ein Mitverantwortlicher zahlungsunfähig wird. Zu denken wäre auch an Art. 145 OR, der die Einreden der solidarisch Haftenden regelt. Ob dies beabsichtigt ist, lässt sich der Botschaft aber gerade nicht entnehmen.

⁵⁰ Damit würde man über die jetzt schon bestehende Regelung bei Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 OR hinausgehen und nicht nur im Einzelfall der Gefahr eines Interessenkonflikts begegnen, sondern dauerhafte strukturelle Massnahmen ergreifen.

⁵¹ Hinzuweisen ist insbesondere auf Ziff. 5 der Empfehlung der EU-Kommission 2008/473/EG vom 5.6.2008, ABl. EU Nr. L 162 vom 21.6.2008, 39. Dort werden wahlweise folgende Massnahmen für die Haftung der Revisoren von börsenkotierten Gesellschaften empfohlen: (1) Festlegung eines finanziellen Höchstbetrags oder einer Formel zur Berechnung eines solchen Betrags; (2) Einschränkung der unbeschränkten und gesamtschuldnerischen Haftung; (3) Vertragsfreiheit eröffnen hinsichtlich einer Haftungsbeschränkung.

⁵² Botschaft (FN 33), BBl 2008 1695.

⁵³ So auch BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 519f; BÖCKLI/BÜHLER (FN 37), 244; ROLF WATTER/ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme – changement de paradigme?, SZW 2009, 235, 246; HANS-UELI VOGT, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 21, 48. Im Ergebnis auch VITO ROBERTO, GesKR 2006, 29, 40 (allerdings vor Veröffentlichung der Botschaft).

c) Einseitige Privilegierung

Die in Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR enthaltene Privilegierung ist auf Revisionsstellen beschränkt. Dies wird kritisiert, da auch die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder eine – der Revisionsstelle vergleichbare – atypische Stellung innerhalb der Gesellschaft innehätten, die es ebenfalls rechtfertige, sie zu privilegieren⁵⁴. Diese Argumentation übersieht allerdings, dass die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder in die Oberleitung der Gesellschaft eingebunden sind, wesentlich stärkere Eingriffsmöglichkeiten in die Geschäftsführung haben als die Revisionsstelle sowie schneller und besser an Informationen gelangen; sie müssen daher im Haftungsfall auch mehr Verantwortung übernehmen als die Revisoren.

Kritisiert wird auch der Umstand, dass die anderen Verantwortlichen (Prospektverantwortliche, Mitglieder des Verwaltungsrats etc.) benachteiligt würden, da sie weiterhin solidarisch mit der Revisionsstelle haften, für die umgekehrt die Solidarität nicht gelte⁵⁵. Auch hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass Prospektverantwortliche und Mitglieder des Verwaltungsrats eine primäre Verantwortung tragen. Aufgrund dessen ist die Sonderbehandlung der Revisionsstelle gerechtfertigt.

d) Haftungsmasstab

Zu begrüßen ist, dass die in der Botschaft vorgeschlagene Fassung von Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR jede Form der Fahrlässigkeit erfasst⁵⁶. Die noch im Vorentwurf enthaltene (s.o. II. C. 1.) Einschränkung, wonach die Privilegierung nur in Fällen leichter Fahrlässigkeit galt, barg das Risiko, dass die Rechtsprechung – nicht zuletzt aufgrund des bei den Revisionsunternehmen vorhandenen Vermögens und der (Eigen-)Versicherung (Deep-Pocket-Argument) – geneigt sein könnte, rasch eine grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, um damit letztlich die Privilegierung einzuschränken⁵⁷. Überspannte Erwartungen an die Revision («Expectation Gap») und die Gefahr einer Deep-Pocket-Argumentation besteht nun nur noch bei der Frage, wie das Haftungsrisiko zwischen mehreren Haftpflichtigen zu verteilen ist, welchen Anteil also die Revisionsstelle am Gesamtschaden zu tragen hat⁵⁸.

⁵⁴ ROLF WATTER/ANDREW M. GARBARSKI, SZW 2009, 235, 245 f.; LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision – Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, ST 2008, 665, 679; zu Recht a.A. BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 191u ff.; VOGT (FN 53), 47.

⁵⁵ BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 191s ff.; VITO ROBERTO, GesKR 2006, 29, 37 f.

⁵⁶ Ebenso DIETER WIDMER/RICO A. CAMPONOVO, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, ST 2008, 110, 112; BÖCKLI/BÜHLER (FN 37), 261 f.

⁵⁷ BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 190; VITO ROBERTO, GesKR 2006, 29, 37 f.

⁵⁸ Auf den Umstand, dass hier der Grad der Fahrlässigkeit massgeblich ist, weisen auch DIETER WIDMER/RICO A. CAMPONOVO, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, ST 2008, 110, 113, hin. Ebenso BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 191q.

Dieser Gefahr kann jedoch kaum durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden⁵⁹, sondern nur durch eine Justiz, die sich vom Umstand des Versicherungsschutzes und Vermögensumfangs unbeeinflusst zeigt.

e) Prozessuale Folgefragen

Noch nicht völlig geklärt sind einige prozessuale Folgefragen des vorgeschlagenen Gleichlaufs von Haftung im Aussen- und Innenverhältnis, auf die an dieser Stelle jedoch nicht vertieft eingegangen werden kann⁶⁰. Beispielhaft genannt sei die *isolierte* Klage der Geschädigten gegen die Revisionsstelle: Der Richter muss nicht nur die Haftung der Revisionsstelle gegenüber dem Geschädigten klären, sondern zugleich das Innenverhältnis zwischen der Revisionsstelle und den anderen Mitverantwortlichen, um den «*Betrag [festzustellen], für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müsste*» (Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR). Da aber die anderen Mitverantwortlichen nicht zwingend Partei dieses Prozesses sein müssen, muss der Richter bei einer isolierten Verantwortlichkeitsklage gegen die Revisionsstelle einen «virtuellen Regressprozess»⁶¹ führen, an dem die anderen Verantwortlichen gerade nicht beteiligt sind⁶². In der Praxis wird die Revisionsstelle allerdings ein Interesse daran haben, später nicht von anderen Gläubigern oder Aktionären zu einer höheren Quote in Anspruch genommen zu werden und wird diesen daher den Streit verkünden (Art. 78 Abs. 1, 2. Alternative ZPO). Den Geschädigten steht zudem die Möglichkeit der Nebenintervention (Art. 74 ff. ZPO) offen. Die Gefahr sich widersprechender Entscheide lässt sich durch diese prozessualen Möglichkeiten begrenzen⁶³. Hilfreich ist dabei natürlich auch die in Art. 40 ZPO geregelte gerichtliche Zuständigkeit für Verantwortlichkeitsklagen.

D. Alternativen

Im Folgenden soll versucht werden, eine alternative Lösung zu entwickeln, die sowohl verhindert, dass «den Letzten die Hunde beißen», als auch gewährleistet, dass die genannten wettbewerblichen Aspekte Berücksichtigung finden.

⁵⁹ Zu einer der Business Judgement Rule vergleichbaren Regel für die Revision («Audit Judgment Rule») HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 11.

⁶⁰ Umfassend ROLF WATTER/ANDREW M. GARBARSKI, SZW 2009, 235, 246 ff.; BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 519j ff.; BÖCKLI/BÜHLER (FN 37), 249 ff.; RICO CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, ST 2007, 261 f.

⁶¹ Begriff nach BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 519k.

⁶² Kritisch deshalb auch BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 519l ff.

⁶³ Im Vorfeld der Aktienrechtsrevision von 1992 war darüber diskutiert worden, Verantwortlichkeitsklagen in einem Prozess zu bündeln, vgl. Amtl. Bull. SR 1988 528.

1. Haftungshöchstsummen für staatlich beaufsichtigte Revisionsgesellschaften

Es wird erwogen, bei staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen Haftungshöchstsummen einzuführen. Bei ihnen werde die Qualität der Organisation und der Dienstleistungen von der Aufsichtsbehörde gemäss den Bestimmungen des RAG kontrolliert, so dass es keines zusätzlichen Anreizes zu hoher Sorgfalt aufgrund einer drohenden aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bedürfe. Zugleich werde so das Risiko des Untergangs eines grossen Revisionsunternehmens aufgrund einer extrem hohen Verantwortlichkeitsklage ausgeschlossen. Die zivilrechtlichen Klagen sollen als «Alarmanlage» für die Revisionsaufsichtsbehörde dienen und dürften deshalb nicht allzu stark eingeschränkt werden⁶⁴.

Gegen diese Lösung sprechen die oben (II. C. 3 a) genannten Gründe, da man die grossen Revisionsgesellschaften schützt und die kleineren dadurch faktisch über Gebühr belastet.

2. Statutarische oder vertraglich vorgesehene Haftungshöchstsumme

Vorgeschlagen wird eine Lösung, wonach die AG mit der Revisionsstelle eine für maximal fünf Jahre gültige Vereinbarung treffen kann, in der sie eine Haftungshöchstsumme für den Fall leichter Fahrlässigkeit vereinbart. Die Beschränkung dürfe das Fünffache des durchschnittlichen Revisionshonorars für die betreffende Gesellschaft nicht unterschreiten⁶⁵.

Dieser Vorschlag stellt zwar die Versicherbarkeit her, weist aber zwei Nachteile auf. (1) Die Idee zu dieser Lösung stammt aus dem britischen Recht, bei dem die Revision im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre durchgeführt wird, so dass Gläubiger nicht automatisch in den Schutzbereich der Verantwortlichkeitsansprüche gegen Revisoren einbezogen sind⁶⁶. Wollte man diese Lösung in das hiesige Recht «implantieren», müsste der Gesetzgeber klarstellen, dass solche Vereinbarungen auch zulasten der Gläubiger gelten, denn andernfalls läuft die Regelung im Konkurs weitgehend ins Leere. (2) Nachteilig ist weiterhin der mit dem Vorschlag verbundene unnötige Formalismus. Alle Gesellschaften werden von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, um eine Revisionsstelle gewinnen

⁶⁴ RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 154 f.

⁶⁵ BSK-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 2), Art. 759 N. 1; ähnlich auch FORSTMOSER (FN 20), 512. Siehe auch oben FN 51.

⁶⁶ LONDON ECONOMICS/RALF EWERT (FN 49), 198. Zu den Voraussetzungen der Haftung der Prüfer gegenüber Gläubigern der Gesellschaft De Poorter, Auditor's liability towards third parties within the EU: A comparative study between the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Belgium, *Journal of International Commercial Law and Technology* 3 (2008) 68, 69 f.

zu können. In diesem Fall kann man die Vorgaben für die Haftungsbeschränkung auch gleich in das Gesetz schreiben, zumal dies die Transparenz auch für aussenstehende Gläubiger erhöht. Schliesslich ist zu bedenken, dass die Gesellschaft zulasten der Gläubiger eine Vereinbarung treffen dürfte, ohne dass diese ihre Interessen geltend machen könnten⁶⁷. Gegen eine Berücksichtigung der Gläubiger könnte angeführt werden, dass diese in der Lage sind, selbst durch vertragliche Vereinbarungen mit der Gesellschaft Vorsorge zu treffen. Dieses Argument überzeugt jedoch nur bedingt, denn nicht alle Gläubiger sind in einer entsprechenden Verhandlungsposition. Daher machen regelmässig nur Banken und grössere Vertragspartner von ihr Gebrauch. Die Vielzahl der übrigen Gläubiger bleibt dagegen schutzlos⁶⁸.

Die gleichen Einwände sprechen auch gegen eine in den Statuten vorgesehene Haftungshöchstsumme⁶⁹.

3. Prozentuale Pauschalierung der Ersatzpflicht

Diskutiert wird – in Anlehnung an einen unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid⁷⁰ – eine Beschränkung der Revisionshaftung auf eine Quote des Gesamtschadens von 25 %⁷¹. Dieser Vorschlag bietet den Vorteil, dass die Versicherbarkeit leichter möglich ist, löst aber nicht das Problem, dass bei grossen Schäden der Untergang des Revisionsunternehmens droht. Zudem ist die gesetzliche Festlegung eines Prozentsatzes recht willkürlich⁷². Ist der Anteil des Verschuldens der Revisionsstelle sehr gering, kann die Festlegung eines 25 %-Anteils sogar zu einer Haftungsverschärfung für die Revisionsstelle im Vergleich zum heutigen Recht führen.

Eine Lösung könnte in einer Kombination aus Beibehaltung der differenzierten Solidarität in Verbindung mit einer Haftungsquote bestehen. Dann müsste man – was allerdings sehr komplex ist – zunächst feststellen, für welchen Anteil des Schadens die Revisionsstelle verantwortlich ist und von diesem Anteil müsste sie dann einen bestimmten Prozentsatz tragen⁷³. Bei extrem grossen Schäden ist damit aber der Zusammenbruch einer Revisionsgesellschaft nicht verhindert.

⁶⁷ BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 1921 f.

⁶⁸ Ablehnend daher auch die Botschaft (FN 33), BBl 2008 1695.

⁶⁹ Ebenso BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 1921 f.

⁷⁰ BGer 4C.506/1996 vom 3. März 1998.

⁷¹ THIERRY LUTERBACHER, *Versicherung und Revisionshaftung*, ST Spezialnummer 2006, 864, 872; siehe auch oben FN 51; a.A. BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 1921 ff. Ablehnend auch die Botschaft (FN 33), BBl 2008 1695.

⁷² Ebenso RICO CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, ST 2007, 260; BÖCKLI/BÜHLER (FN 37), 265.

⁷³ So RICO CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, ST 2007, 260.

Zudem wird die prozentuale Quote gerade nicht an den Verdienst gekoppelt und begünstigt damit wiederum eher die grossen Revisionsunternehmen.

4. Nach Unternehmensgrösse gestaffelte Haftungshöchstsummen

Denkbar wäre auch eine Haftungsobergrenze, die sich nach der Grösse des zu prüfenden Unternehmens richtet⁷⁴. Diese Lösung birgt den Nachteil, dass damit die mittleren Revisionsgesellschaften gehindert werden, in den Markt für die Prüfung grosser und börsenkotierter Unternehmen vorzudringen, denn in diesem Marktsegment wird die Haftungsobergrenze so hoch sein müssen, dass mittlere Revisionsgesellschaften Schwierigkeiten haben werden, eine Versicherung zu finden⁷⁵.

5. Pauschalierung der Ersatzpflicht auf ein Vielfaches des Revisionshonorars

Diskutiert wird weiterhin eine Pauschalierung der Ersatzpflicht auf ein Vielfaches des Revisionshonorars⁷⁶. Auch diese Variante bietet den Vorteil der leichteren Versicherbarkeit und verhindert extreme Schadensersatzpflichten, die zum Zusammenbruch einer weiteren grossen Revisionsgesellschaft führen könnten. Damit würde den oben genannten wettbewerblichen Gesichtspunkten Rechnung getragen⁷⁷.

Sie setzt aber voraus, dass man wirksame Vorkehrungen trifft, um zu verhindern, dass die Revisionsstelle die Honorare für die Revision künstlich tief hält und ihre Einnahmen stattdessen über sonstige Beratungsleistungen generiert⁷⁸. Massgebend müssten daher alle Entgelte und Leistungen sein, die die Revisionsstelle und die mit ihr verbundenen Unternehmen von der zu prüfenden Gesellschaft für die Revision oder andere Dienstleistungen erhalten haben. Die bislang fehlende Transparenz liesse sich dadurch erreichen, dass man gesetzlich eine Offenlegungspflicht vorschreibt (nun vorgesehen in Art. 961a Ziff. 2 E-OR). Diese Variante hätte gegenüber einer starren Höchstsumme den Vorteil, dass sie die Grössenunterschiede zwischen den Revisionsgesellschaften berücksichtigt und

⁷⁴ So RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 155.

⁷⁵ Kritisch auch RICO CAMPOUNOVO/PETER BERTSCHINGER, ST 2007, 259.

⁷⁶ FORSTMÖSER (FN 20), 511 f.; BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 192e ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 17; RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 155; siehe auch oben FN 51.

⁷⁷ BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 192h, wendet sich im Ergebnis gegen diese Lösung, weil er prinzipiell den anderen Ansatz verfolgt, die Haftung der Revisionsstelle von derjenigen der anderen Verantwortlichen abzukoppeln. Im Übrigen scheint er aber diesem Ansatz positiv gegenüberzustehen. Ebenso BÖCKLI/BÜHLER (FN 37), 263 f.

⁷⁸ Die Botschaft (FN 33), BBl 2008 1695, hatte deshalb diese Lösung abgelehnt, ohne zu prüfen, wie man die Umgehung wirksam verhindern kann.

diesen gleichwohl eine verlässliche Kalkulation erlaubt⁷⁹. Über einen angemessenen Selbstbehalt könnte zudem ein Anreiz zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht gesetzt werden⁸⁰.

Letztlich offen ist damit allein die Frage, auf wessen Kosten eine Privilegierung der Revisionsunternehmen geht. Die Aktionäre müssen als wirtschaftliche Eigentümer das Risiko der Gesellschaft tragen und sind daher nicht besonders schutzwürdig. Anders ist dies bei den Gläubigern, die weder einen unternehmensinternen Einfluss besitzen noch das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens übernommen haben. Jegliche Haftungsbegrenzung führt zu ihrer Benachteiligung, da sie im Konkursfalle weniger Haftungsmasse zur Verfügung haben⁸¹. Der Gesetzgeber muss daher eine Wertentscheidung treffen, ob der langfristige Erhalt der Versicherbarkeit der Revision und der Wettbewerbsfähigkeit im Markt für die Prüfung grosser und börsenkotierter Gesellschaften Vorrang vor den Interessen der Gläubiger hat. Dies wiederum setzt eine sorgfältige Ermittlung der Tatsachen (Versicherbarkeit, Marktbedingungen für Revisionsunternehmen in der Schweiz etc.) voraus, die bislang nicht vorgenommen wurde.

III. Die Änderung von Art. 755 Abs. 2 OR

Sowohl im Vorentwurf⁸² als auch in der Botschaft⁸³ wird in Art. 755 Abs. 2 OR das Wort «Mitarbeiter» durch «Arbeitnehmer» ersetzt. Es handelt sich lediglich um eine redaktionelle Klarstellung ohne Änderung der materiellen Rechtslage. Der Ständerat hat dieser Änderung zugestimmt⁸⁴ und auch das Schrifttum scheint sie zu billigen, denn es sieht keine Notwendigkeit, auf die Änderung näher einzugehen⁸⁵.

IV. Die Kostentragungsregelung

Der Vorentwurf⁸⁶ und ebenso die Botschaft⁸⁷ wollen die in Art. 756 Abs. 2 OR enthaltene Kostentragungsregelung streichen und in die ZPO überführen. Der bisherige Art. 756 Abs. 2 OR sieht vor, dass der Richter, sofern der Aktionär auf-

⁷⁹ Befürwortend auch RICO CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, ST 2007, 260.

⁸⁰ Ebenso HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 18 f.

⁸¹ Dabei müsste man eigentlich noch nach Gläubigergruppen unterscheiden, da sich bestimmte Gläubigergruppen (z.B. Banken) besser schützen können als andere.

⁸² Vorentwurf (FN 31), 87.

⁸³ Botschaft (FN 33), BBl 2008 1693.

⁸⁴ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009 711.

⁸⁵ RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 146.

⁸⁶ Vorentwurf (FN 31), 87.

⁸⁷ Botschaft (FN 33), BBl 2008 1693.

grund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte, die Kosten, soweit sie nicht ohnehin von dem beklagten Organverantwortlichen zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilen kann. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass das Kostenrisiko Aktionäre von der Verantwortlichkeitsklage abhält, die sie auch im Interesse der Gesellschaft erheben. Da die neue ZPO vergleichbare Kostentragungsregeln enthält, ist die Überführung der Norm in das Prozessrecht im Grundsatz sinnvoll. Dieses enthält in Art. 107 Abs. 1 ZPO eine Regelung, wonach der Richter die Kosten zwischen den Parteien nach Ermessen verteilt, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (lit. b) oder andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. f).

Die Formulierung der Kostentragungsregelung ist jedoch nicht gelungen und daher auf Kritik gestossen⁸⁸. Bei der vorgeschlagenen Regelung wurde übersehen, dass die Gesellschaft bei der Rückerstattungsklage und bei der Verantwortlichkeitsklage nicht Prozesspartei ist, wenn nicht die Gesellschaft, sondern ein Aktionär gegen ein Organmitglied auf Erstattung von Leistungen oder Ersatz von Schäden an die Gesellschaft klagt (Art. 678, 756 Abs. 1 OR). Daher deckt der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 ZPO gerade nicht die bisher in Art. 756 Abs. 2 OR enthaltene Möglichkeit ab, die Kosten auf die am Prozess gar nicht beteiligte Aktiengesellschaft abzuwälzen. Es wurde daher vorgeschlagen, Art. 107 ZPO auf diesen Fall analog anzuwenden⁸⁹. Der Bundesrat nutzte jedoch die – durch die Minderinitiative veranlasste – Zusatzbotschaft⁹⁰ dazu, diesen Fehler zu beheben. In Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO ist vorgesehen, dass das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten (Art. 678 und 756 OR), nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann. Kritisch anmerken kann man, dass das bisher in Art. 756 Abs. 2 OR enthaltene Tatbestandsmerkmal *«aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage»* entfällt. Allerdings wird jeder Richter diese Voraussetzungen ohnehin in seine Ermessensentscheidung einbeziehen, so dass in der Sache kein Unterschied zum heutigen Recht bestehen dürfte⁹¹.

⁸⁸ RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 156.

⁸⁹ RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 156.

⁹⁰ Zusatzbotschaft (FN 7), BBl 2009 327 f.

⁹¹ Warum RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 156 f. darüber hinaus eine Beibehaltung der Kostentragungsregelung im Aktienrecht anstelle der ZPO fordern, um die Trittbrettfahrerproblematik zu beheben, ist nicht einsichtig. Aus Sicht des klagenden Aktionärs ist es gleichgültig, ob er den Antrag auf Überwälzung der Kosten auf die Gesellschaft nach OR oder nach ZPO stellt.

Bei den Beratungen dieser Neuregelung im Ständerat wurde ein Zusatzantrag gestellt, wonach Art. 756 Abs. 1^{bis} E-OR wie folgt zu formulieren sei⁹²: «Das Gericht auferlegt auf Antrag der klagewilligen Aktionäre vor Anhängigmachung der Klage das Prozesskostenrisiko inklusive Parteientschädigung der Gesellschaft, sofern: 1. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass ein Haftungstatbestand gemäss Artikel 754 vorliegt; 2. die Aktionäre zusammen einen Teil des Aktienkapitals besitzen, der ihnen das Recht zur Einberufung einer Generalversammlung einräumt; 3. die Aktionäre nachweisen, dass sie oder ihre Gesamtrechtsvorgänger die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, als ihnen die Tatsachen gemäss Ziffer 1 bekannt wurden; 4. keine überwiegenden Gründe des Unternehmenswohls entgegenstehen.» Im Ergebnis sollte der Richter also bereits vor Anhängigmachung der Klage über die Kosten entscheiden. Hiergegen wurden zu Recht rechtsstaatliche Bedenken erhoben, da der Richter so zu einer beinahe schon hellseherischen Prognose über den Ausgang des Prozesses gezwungen würde und er zu diesem Zeitpunkt die wahre Sachlage noch nicht kennt, da er weder über eine Stellungnahme der Gegenseite verfügt noch eine Beweisaufnahme stattgefunden hat. Der Ständerat hat daher diesen Zusatzantrag mit Mehrheit abgelehnt und der in der Zusatzbotschaft vorgesehenen Änderung zugestimmt⁹³.

V. Der Beschluss der GV zur Klageerhebung

In der Zusatzbotschaft⁹⁴ nutzt der Bundesrat den nun freiwerdenden Absatz 2 des Art. 756 OR für eine weitere klarstellende Regelung: Bei der Rückerstattungsklage (Art. 678 Abs. 5 E-OR) soll die Generalversammlung beschliessen können, dass die Gesellschaft die Rückerstattungsklage erheben muss. Eine parallele Regelung für die Verantwortlichkeitsklage wird in Art. 756 Abs. 2 E-OR verankert: «Die Generalversammlung kann beschliessen, dass die Gesellschaft die Verantwortlichkeitsklage erhebt. Sie kann mit der Prozessführung den Verwaltungsrat oder einen Vertreter betrauen.» Der Ständerat hat dieser Änderung zugestimmt⁹⁵.

VI. Die Streichung von Art. 758 Abs. 3 OR

Mit der Aktienrechtsrevision von 1992 wurde Art. 757 Abs. 2 und 3 OR eingeführt, um die Doppelnatur der Verantwortlichkeitsklage (Klage der Aktionäre

⁹² Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009 711 f.

⁹³ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009 712, 717 f.

⁹⁴ Zusatzbotschaft (FN 7), BBl 2009 327 f.

⁹⁵ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009 712.

und Gläubiger aus eigenem Recht und Klage aus dem Recht der AG) festzuschreiben⁹⁶. Kurz bevor die Aktienrechtsrevision verabschiedet wurde, entwickelte das Bundesgericht 1991 die Raschein-Doktrin, wonach mit dem Eintritt des Konkurses nicht mehr ein Anspruch der Gesellschaft gegen die Organmitglieder geltend gemacht werde, sondern ein eigenständiger, einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit⁹⁷. Als die Aktienrechtsrevision 1992 in Kraft trat, passte die geänderte Vorschrift des Art. 757 OR nicht mehr zur neuen Linie der Rechtsprechung, an der das Bundesgericht seitdem festgehalten hat⁹⁸.

Während der Vorentwurf⁹⁹ noch keinerlei Änderung bei Art. 757 OR vorsah, wurde in der Botschaft¹⁰⁰ vorgeschlagen, dessen Absatz 3 zu streichen, um eine Doppelspurigkeit zu beseitigen, da Art. 757 Abs. 2 OR materiell schon auf Art. 260 SchKG verweise. Der Ständerat stimmte dem bundesrätlichen Vorschlag zu¹⁰¹. Zu überlegen wäre jedoch, ob es nicht sinnvoll wäre, die von der Rechtsprechung entwickelte Raschein-Doktrin auch im Wortlaut des Gesetzes zu verankern¹⁰².

VII. Fazit und Ausblick

Die derzeit beratene Aktienrechtsrevision greift nur einen Teil der Probleme des Verantwortlichkeitsrechts heraus. Nicht angesprochen wird etwa die im Schrifttum streitige Frage, ob es – entweder konstitutiv oder deklaratorisch – einer gesetzlichen Verankerung der Business Judgement Rule bedarf¹⁰³. Nicht auseinandergesetzt hat sich der Bundesrat ausserdem mit der Frage einer Haftungsbe-freiung des Laienrevisors¹⁰⁴. Auch die Forderung nach Abschaffung der als fak-tische Kausalhaftung beschriebenen Verantwortlichkeit bei der Nichtabführung von Sozialabgaben¹⁰⁵ wird in der Botschaft nicht behandelt.

⁹⁶ Botschaft (FN 13), BBI 1983 937; Amtl. Bull. SR 1988 525; Amtl. Bull. NR 1990 1389; RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 157.

⁹⁷ BGE 117 II 432.

⁹⁸ Vgl. etwa BGE 132 III 342; 136 III 107.

⁹⁹ Vorentwurf (FN 31), 87.

¹⁰⁰ Botschaft (FN 33), BBI 2008 1693.

¹⁰¹ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009 712.

¹⁰² In diese Richtung zielen auch RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 157.

¹⁰³ Bereits bei der Aktienrechtsrevision von 1992 war eine Einschränkung der Haftung für unternehmerische Entscheide diskutiert worden, vgl. nur Amtl. Bull. SR 1988 527 f. Zum Diskussionsstand siehe oben FN 2 sowie RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 158.

¹⁰⁴ RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 157 f.

¹⁰⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 16 N. 589 f.

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber sich von dem Vorschlag einer starren Haftungsbegrenzung verabschiedet hat. Allerdings ist auch die derzeit vorgelegte Lösung der faktischen Abschaffung der differenzierten Solidarität nicht ausgereift. Sie berücksichtigt zwar die bestehenden praktischen Probleme, vernachlässigt aber die virulente Frage des langfristigen Erhalts der Versicherbarkeit der Revision und der Wettbewerbsfähigkeit im Markt für die Prüfung grosser und börsenkotierter Gesellschaften. Will man diese Faktoren einbeziehen, böte sich die Lösung einer Haftungshöchstsumme an, die ein Vielfaches des Honorars der Revisionsstelle beträgt. Dabei muss man allerdings auf die Gesamtsumme aller vom Unternehmen an die Revisionsgesellschaft und deren verbundene Unternehmen gezahlten Honorare und sonstigen Dienstleistungen abstellen, um eine Umgehung wirksam zu verhindern. Die zudem notwendige gesetzliche Vorgabe über die Offenlegung solcher Zahlungen hat der Gesetzgeber mit Art. 961a Ziff. 2 E-OR bereits auf den Weg gebracht.

Eine solche Lösung benachteiligt im Konkursfalle die Gläubiger und bedarf daher einer sorgfältigen Abwägung durch den Gesetzgeber. Diese setzt ihrerseits eine umfassende Ermittlung der Tatsachen und Gestaltungsmöglichkeiten (Versicherbarkeit, Marktbedingungen für Revisionsunternehmen in der Schweiz, Schaffung eines Versicherungspools, Selbstbehalt etc.) voraus, die in der Botschaft nicht dargelegt wurden. Nur wenn sich eine Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit der grossen Revisionsunternehmen und ein unabweisbares Bedürfnis nach deren Erhalt ergeben, sollte der Gesetzgeber eine relative Haftungsbegrenzung einführen. Andernfalls ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Variante zur Lösung der derzeit bestehenden Probleme mit der differenzierten Solidarität angemessen¹⁰⁶. Stimmiger wäre es allerdings, in diesem Fall ganz auf die solidarische Haftung der Revisionsstelle in Fällen von Fahrlässigkeit ganz zu verzichten¹⁰⁷.

Bislang wurde die Reform des Verantwortlichkeitsrechts in den Beratungen nahezu ohne Kontroversen «durchgewunken». Sieht man von der Frage der Abschaffung der differenzierten Solidarität ab, ist dies verständlich, denn die übrigen Änderungen im Verantwortlichkeitsrecht geben wahrlich keinen Anlass zu Kontroversen. Zudem steht das Verantwortlichkeitsrecht derzeit nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit. Es ist daher zu erwarten, dass dieser Teil der Revision auch den Nationalrat «still und leise» passieren wird.

¹⁰⁶ Für BÖCKLI (FN 2), § 18 N. 192u, ist diese Lösung allen anderen überlegen, wobei er auch Sympathien für die Lösung einer Haftungsbegrenzung durch Pauschalierung der Ersatzpflicht auf ein Vielfaches des Revisionshonorars hegt, s.o. FN 77. Dagegen halten RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Sondernummer GesKR 2008, 156, das geltende Recht für ausreichend.

¹⁰⁷ Siehe oben bei FN 21.