

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 124

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI

Herausgeber: Rolf H. Weber, Peter R. Isler

Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle

Rolf Sethe

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rolf H. Weber, Peter R. Isler

Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6530-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Der Schaden im Verantwortlichkeitsprozess	7
<i>Dr. Johann Zürcher, Rechtsanwalt, Oberrichter, Handelsgericht des Kantons Zürich</i>	
Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten?	27
<i>Dr. Peter R. Isler, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und René Fischer, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Vorteilsanrechnung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	53
<i>Dr. Hans Nater, Rechtsanwalt, LL.M., Nater Dallafor Rechtsanwälte AG, Zürich, und Maja Blumer, Rechtsanwältin, LL.M., Nater Dallafor Rechtsanwälte AG, Zürich</i>	
Was kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit leisten?	83
<i>Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Rechtsanwalt, LL.M., Von der Crone Rechtsanwälte AG, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, und lic. iur. Benjamin Bloch, Rechtsanwalt, Zürich</i>	
Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle	121
<i>Prof. Dr. Rolf Sethe, Rechtsanwalt, LL.M., Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i>	
Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute Potentiale morgen	161
<i>Prof. Dr. Rolf H. Weber, Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich, Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Visiting Professor at the University of Hong Kong</i>	

Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle

Rolf Sethe

Inhalt

I.	Einleitung.....	122
II.	Anamnese – Solidarische Haftung als Hemmnis des Wettbewerbs.....	123
	1. Grundsätzliche Notwendigkeit der Haftung der Revisionsstelle.....	123
	2. Die Reichweite der Haftung der Revisionsstelle.....	124
	a) Tatsächliche Ausgangslage.....	124
	b) Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention.....	126
	c) Folgen.....	127
	3. Gesetzgeberische Versuche zur Lösung des Problems.....	129
	a) Aktienrechtsrevision von 1992.....	129
	b) Der Vorentwurf von 2005.....	132
	c) Die Botschaft von 2007.....	132
	d) Kritik an Vorentwurf und Botschaft.....	134
	aa) Nichtberücksichtigung wettbewerblicher Aspekte.....	134
	bb) Etikettenschwindel?.....	139
	cc) Einseitige Privilegierung.....	139
	dd) Haftungsmassstab.....	140
	ee) Prozessuale Folgefragen.....	141
	4. Rechtsvergleichende Aspekte.....	142
III.	Therapie – Begrenzung der solidarischen Haftung.....	145
	1. Haftungshöchstsummen für staatlich beaufsichtigte Revisionsgesellschaften ..	145
	2. Statutarische oder vertraglich vorgesehene Haftungshöchstsumme.....	146
	3. Prozentuale Pauschalierung der Ersatzpflicht.....	149
	4. Nach Unternehmensgrösse gestaffelte Haftungshöchstsummen	149
	5. Pauschalierung der Ersatzpflicht auf ein Vielfaches des Revisionshonorars ..	150
	6. Zwischenfazit.....	151
IV.	Weitere Regelungsvorschläge der Aktienrechtsrevision	152
	1. Die Änderung von Art. 755 Abs. 2 OR	152
	2. Die Kostentragungsregelung	152
	3. Der Beschluss der GV zur Klageerhebung	155
	4. Die Streichung von Art. 758 Abs. 3 OR.....	156
	5. Offene Fragen	157
V.	Fazit und Ausblick	157

I. Einleitung

Die geplante Aktienrechtsrevision lässt das Verantwortlichkeitsrecht in seiner Grundstruktur zu Recht unangetastet und möchte es nur in fünf Einzelpunkten reformieren,¹ von denen auch nur einer, nämlich die Begrenzung der solidarischen Haftung der Revisionsstelle, von grundlegender Bedeutung ist. Bezieht man den Umstand ein, dass sich die gegenwärtige politische Diskussion um die Aktienrechtsrevision vor allem auf die Rolle des Managements und seine Entlohnung konzentriert, verwundert es, wenn man überhaupt grundlegende rechtspolitische Überlegungen zum Thema Haftung der Revisionsstelle anstellt. Das Thema erscheint alles andere als dringend. Dieser Eindruck täuscht jedoch. Das grundlegende Problem ist ein wettbewerbliches, nämlich der Markt für Wirtschaftsprüfung im Allgemeinen. Wie noch zu zeigen sein wird, erweisen sich zwei Entwicklungen als problematisch für diesen Markt. Es herrscht zum einen eine hohe Konzentration in Bezug auf die Prüfung börsenkotierter und grosser Unternehmen. In der Schweiz sind nahezu ausschliesslich die Big Four in diesem Marktsegment tätig, nämlich PricewaterhouseCoopers, Ernst & Young, KPMG und Deloitte. Eine wesentliche Ursache für diese Konzentration,² die auch international zu beobachten ist,³ liegt im Haftungsrecht; mittlere und kleine Prüfgesellschaften können das Haftungsrisiko nicht versichern und haben daher faktisch derzeit keine Möglichkeit, in dieses Marktsegment vorzudringen. Zum anderen fördert die

¹ Vorgeschlagen ist eine Begrenzung der solidarischen Haftung der Revisionsstelle (dazu unter II.), eine redaktionelle Änderung von Art. 755 Abs. 2 OR, eine Verschiebung der Kostentragungsregel in die ZPO, die Möglichkeit für die Generalversammlung, die Verwaltung zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage anzuweisen sowie die Streichung von Art. 758 Abs. 3 OR (dazu jeweils unter IV.). Zur Diskussion s.a. SETHE ROLF, Verantwortlichkeitsrecht, in: WATER (Hrsg.), Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich, St. Gallen 2010, 299 ff.

² 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, <www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20023155>.

³ S. unten, bei FN 46.

hohe Haftungsdrohung auch bei den mittleren und kleinen Revisoren und Prüfgesellschaften, die KMU prüfen, eine weitere Marktkonzentration.

Im Folgenden soll daher im Detail untersucht werden, ob die Haftung der Revisionsstelle für Fehler notwendig ist und warum die derzeitige Ausgestaltung der Verantwortlichkeitsregeln sich als nachteilig für den Wettbewerb erwiesen hat (II.). Anschliessend wird dargelegt, welche gesetzlichen Rahmenbedingungen nötig sind, um den Wettbewerb zu stärken (III.). Unter IV. werden weitere Reformvorschläge aufgezeigt.

II. Anamnese – Solidarische Haftung als Hemmnis des Wettbewerbs

1. Grundsätzliche Notwendigkeit der Haftung der Revisionsstelle

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 der Organmitglieder 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.⁴ 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).

⁴ Dies unterscheidet das Schweizer Recht etwa vom britischen Recht, bei dem die Haftung der Prüfer allein dem Schutz der Gesellschaft und nicht dem von Gesellschaftern, Gläubigern oder sonstigen Dritten dient, vgl. Caparo Industries plc v Dickman [1990] 2 AC 605, HL; FERRAN EILIS, Three Recent Developments in Auditors' Liability, in: GRUNDMANN/HAAR/MERKT/MÜLBERT/WELLENHOFER (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung, FS Klaus J. Hopt, Berlin/New York 2010, 645, 652.

(3) Wird ein Verantwortlicher zu hohem Schadenersatz 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 Rolle.⁵ (4) Daneben wird den Verantwortlichkeitsregeln auch noch die Aufgabe der Sicherung des Rechtsfriedens zugeschrieben. Allerdings ist dies keine spezielle Funktion des Verantwortlichkeitsrechts, sondern eine solche des Haftungsrechts im Allgemeinen.

2. Die Reichweite der Haftung der Revisionsstelle

a) *Tatsächliche Ausgangslage*

Im Falle von Pflichtverletzungen haften die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle beschränkt solidarisch (Art. 759 Abs. 1 OR). Beschränkte Solidarität bedeutet eine gesamtschuldnerische Haftung im Ausenverhältnis gegenüber dem Geschädigten, soweit sich die Verschuldensanteile mehrerer Verantwortlicher decken. Die Revisionsstelle muss also in Höhe des auf sie entfallenden Anteils an der Pflichtverletzung gesamtschuldnerisch haften. Im Vergleich zum bis zur Aktienrechtsrevision 1992 gültigen Konzept der absoluten Solidarität (ausführlich unten, II.3.a) sollte die differenzierte Solidarität die Revisionsstellen von überproportionalen Haftungsrisiken entlasten. Diese Erwartung hat sich nicht erfüllt, da sich die solidarische Haftung immer noch allein zum Nachteil der Revisionsstelle auswirkt. Dabei spielt eine Reihe von Faktoren zusammen:

⁵ 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 Schadenersatz kam, vgl. etwa GENDRON YVES/SPIRA LAURA F., What went wrong? The downfall of Arthur Andersen and the construction of controllability boundaries surrounding financial auditing, *Contemporary accounting research* 26 (2009), 987 ff.; MARKHAM JERRY W., A financial history of modern U.S. corporate scandals, New York/London, 2006, 197 ff.; SCHMID STEFAN/SCHULZE STEPHAN, Arthur Andersen: Ein renommiertes internationales Unternehmen zerbricht, in: 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, <<http://jp.fujitsu.com/group/fri/en/column/message/200605/2006-05-23-1.html>>.

- Die Revisionsstelle ist gut versichert und verfügt in der Praxis 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 Revisionsstelle fordern die Geschädigten daher den gesamten Schadenersatz von der Revisionsstelle. Diese trägt damit das Risiko, ihre Regressansprüche gegen die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht oder nicht in voller Höhe verwirklichen zu können.
- Die prozessuale Erfahrung zeigt, dass die Revisionsstelle im Vergleich zum Verwaltungsrat rein tatsächlich benachteiligt ist. Bei ihr lassen sich Pflichtverletzungen leichter nachweisen als beim Verwaltungsrat, da die Revisionsstelle einen Prüfauftrag hat und die leicht zu belegende Erkenntnis, dass die Jahresrechnung falsch war, regelmässig als Beleg für die Sorgfaltswidrigkeit ausreicht.
- Auch sind Richter eher geneigt, die Wirtschaftsprüfer zu verurteilen, da sie über ausreichend Vermögen und zumeist über eine Haftpflichtversicherung verfügen (Deep-Pocket-Argument).

In der Praxis nehmen die Geschädigten daher primär die Revisionsstellen in Anspruch. Dies gilt vor allem im Konkursfall, in dem regelmässig Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht werden. Die Konkursverwaltung kann auf diese Weise die Masse vergrössern und befindet sich in einer günstigen Beweislage, da ihr sämtliche Unternehmensinterna zur Verfügung stehen. Die ganz überwiegende Zahl der Verfahren wird aussergerichtlich abgewickelt, wobei die Revisionsstellen den Löwenanteil der Schadenssummen begleichen.⁶ FORSTMOSER hat diese missliche Haftungssituation der Revisionsstelle eindrücklich in einem Aufsatz mit dem Titel „Den Letzten beißen

⁶ BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich, 2009, § 18 N 191c, 519d geht davon aus, dass dabei die Revisionsstellen im Konkurs 90% aller Schadenersatzzahlungen leisten, während die hauptverantwortlichen Verwaltungsräte gerade einmal 10% zur Regulierung der Schäden beitragen. Nähere Angaben zur Quelle dieser Zahlen fehlen jedoch. Konkrete Zahlen zur Häufigkeit von Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte finden sich bei KELLER SUSANNE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, Jusletter 24. Oktober 2011, die von rund 1500 Fällen pro Jahr ausgeht.

die Hunde“ beschrieben,⁷ BÖCKLI bezeichnet die Revisionsstelle als „gesetzlichen Ausfallbürgen für zahlungsunfähige Verwaltungsräte“.⁸

b) *Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention*

Die Rechtstatsachen widersprechen damit der gesetzgeberischen Intention bei der Einführung der beschränkten Solidarität durch Art. 759 Abs. 1 OR (dazu unten, II.3.a). Sie erweisen sich aber auch deshalb als stossend, weil die Höhe der Einstandspflicht für die eigenen Fehler nicht dem tatsächlichen Ausmass des Pflichtverstosses der Revisionsstelle entspricht. Sie trifft nämlich nur eine sekundäre Verantwortung in drei Bereichen:

- Sie ist für die Prüfung der von der Verwaltung aufgestellten Jahresrechnung verantwortlich. Als Pflichtverletzung kommt eine ungenaue Prüfung oder ein – um den Erhalt des Mandats willen – pflichtwidrig erteiltes Testat in Betracht.
- Sie ist subsidiär für die Einberufung der Generalversammlung (Art. 699 Abs. 1, 728c Abs. 2 OR) zuständig. Eine Pflichtverletzung der Revisionsstelle liegt vor, wenn sie eine Einberufung trotz der erkennbaren Notwendigkeit unterlässt.
- Schliesslich begeht die Revisionsstelle eine Pflichtverletzung, wenn sie ihre subsidiäre Pflicht zur Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung versäumt (Art. 728c Abs. 3, 729c OR).

In allen drei Fällen kommt ein Pflichtverstoss der Revisionsstelle also nur in Frage, wenn zuvor der Verwaltungsrat seine Pflichten nicht ordnungsgemäss erfüllt hat und die Revisionsstelle diese Pflichtverletzung nicht oder zu spät entdeckt bzw. die deshalb nötige Benachrichtigung unterlässt. Allein durch die ungenügende Arbeit der Revisionsstelle wird also nie ein Verantwort-

⁷ FORSTMOSER PETER, Den Letzten beiessen die Hunde – Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: ACKERMANN/DONATSCH/REHBERG (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, FS Niklaus Schmid, Zürich, 2001, 483. Siehe auch DORALT WALTER, Haftungsbegrenzung für die Revisionsstelle – Notwendigkeit oder Privileg?, SZW 2006, 168 f.

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

lichkeitsanspruch ausgelöst. Hinzu kommt die im Vergleich zum Verwaltungsrat „atypische“ Stellung der Revisionsstelle, der gerade keine umfassenden Überwachungskompetenzen über die Geschäftsführung zusteht (Art. 728a Abs. 3, 729a Abs. 3 OR). Sie verfügt weder über das gleiche Informationsniveau wie der Verwaltungsrat noch stehen ihr Geschäftsführungskompetenzen zu (sieht man von der hilfsweisen Zuständigkeit zur Einberufung der Generalversammlung ab).

c) *Folgen*

Es lässt sich damit festhalten, dass die Revisionsstelle faktisch der primäre Schuldner von Verantwortlichkeitsansprüchen ist, obwohl sie nur eine sekundäre Verantwortung trifft und der Gesetzgeber dieser gesetzlichen Wertung mit der beschränkten Solidarhaftung an sich Rechnung tragen wollte. Das überproportionale Haftungsrisiko hat drei negative Folgen.

- Es kann zu schlechter Leistung der Revisionsstelle führen, da sie sich auf die Haftungsvermeidung konzentriert statt ihrer eigentlichen Aufgabe der Prüfung nachzugehen.⁹
- Ein überproportionales Haftungsrisiko kann eine schlechte oder gar eine fehlende Versicherbarkeit zur Folge haben.¹⁰ Welch dramatischen Effekt dies haben kann, belegt ein Beispiel aus den USA. 1984 kam es zu einer Prozessflut gegen *directors* und *officers* amerikanischer Gesellschaften.¹¹ Die Prämien der D & O Insurances stiegen daraufhin von

⁹ DRUEY JEAN NICOLAS, Rechtsstellung und Aufgaben des Abschlussprüfers, in: HELBLING (Hrsg.), 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“.

¹⁰ Ebenso BÖCKLI (FN 6), § 18 N 192.

¹¹ 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. \$ Schadenersatz 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 SETHE ROLF, Die personalisti-

54% im Jahre 1984 auf 700% im Jahre 1987.¹² Deshalb 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 machen.¹³

- Kleine Revisionsunternehmen, die keinen Versicherungsschutz über sogenannte Eigenversicherungen (Captives) aufbauen können, werden bei stark steigenden Prämien vom Markt gedrängt, da sie sich die Prämien nicht leisten können. Da – wie bereits erwähnt – die Konzentration im Bereich der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sehr hoch ist und börsenkotierte sowie grosse Aktiengesellschaften in der Schweiz faktisch nur von den vier Anbietern geprüft werden (können), verhindert das hohe Haftungsrisiko letztlich den Markteintritt anderer Prüfungsgesellschaften in das Marktsegment der Prüfung börsenkotierter sowie grosser Unternehmen.
- Im Markt für kleine und mittlere Revisoren/Revisionsgesellschaften droht eine Marktkonzentration, da die hohen Versicherungsprämien nur von entsprechend finanzkräftigen Gesellschaften geschultert werden können.

Diese schwierige Situation der Revisionsstellen ist nicht neu und deshalb hat der Gesetzgeber bereits mehrere Versuche unternommen, sie zu verbessern. Auf diese Situation ist nachfolgend einzugehen.¹⁴

sche Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, Köln, 1996, 227 f. S.a. BUNBERT HARTWIN, AG 1994, 297 ff., 302 m.w.N.

¹² Bezugsjahr ist 1974 mit 100%.

¹³ Vgl. hierzu die Beiträge von KARL KREUZER und RICHARD M. BUXBAUM, in: KREUZER (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, Baden-Baden 1991, 7 f. bzw. 99.

¹⁴ Die nachfolgende Darstellung entspricht weitgehend SETHE (FN 1), 302 ff.

3. Gesetzgeberische Versuche zur Lösung des Problems

a) *Aktienrechtsrevision von 1992*

Ausgangspunkt ist das Aktienrecht von 1936. Es sah in Art. 754 Abs. 1 OR vor, dass alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Gesellschaft als auch 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. Der Rückgriff unter mehreren Schuldern sollte nach dem Grad des Verschuldens erfolgen (Art. 759 OR a.F.). 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 war¹⁵ (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 müsste.¹⁶ Die absolute Solidarität galt nicht nur für die Verantwortlichkeit mehrerer Mitglieder innerhalb eines Organs, sondern auch für das Verhältnis zwischen verschiedenen Organen.

Diese absolute Solidarität führte zu einer Benachteiligung des damals noch als Kontrollstelle bezeichneten Organs im Vergleich zu den anderen Verantwortlichen, da die Geschädigten aus den bereits genannten Gründen primär

¹⁵ BGE 59 II 458 f.; 93 II 322; 97 II 415 f.; ZR 1976 Nr. 21 und ST 1976, 9, 27; FORSTMOSER PETER, 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 BGer sogar eine solidarische Haftung für jenen Teil des Schadens, der von dem beklagten Organmitglied gar nicht mitverursacht wurde (überkausale Haftung), vgl. BÖCKLI (FN 6), § 18 N 481 m.w.N. auch zu dem deshalb bestehenden Theorienstreit.

¹⁶ BGE 97 II 416.

die Prüfer in Anspruch nahmen, die ihrerseits faktisch kaum Regress bei den anderen Verantwortlichen nehmen konnten. Diese Benachteiligung löste eine rege Diskussion aus,¹⁷ die sich in den parlamentarischen Beratungen zur letzten Aktienrechtsrevision fortsetzte. Die bundesrätliche Botschaft von 1983 sah in Art. 759 Abs. 2 E-OR eine Einschränkung der solidarischen Haftung des nun Revisionsstelle genannten Organs vor; die Solidarität der Haftung nach aussen sollte also auf den Betrag herabgesetzt werden, für den die Revisoren bei einem Regress im Innenverhältnis aufkommen müssten.¹⁸ 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 Botschaft¹⁹ 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.

¹⁷ BÄR ROLF, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SAG 58 (1986), 57, 64 ff.; ZK- BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Bd. 5, Das Obligationenrecht, Zürich, 1979, Art. 759 N 10 ff.; FORSTMOSER PETER, Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte, in: BÄR u.a. (Hrsg.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, SSHW Band 29, Zürich, 1978, 52 ff.; FORSTMOSER PETER, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 78 (1982), 369, 370 ff.; FORSTMOSER PETER, Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: HELBLING (Hrsg.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, SSHW 74, Zürich 1984, 109, 124; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 15), N 271, 365 ff., 397; REICHWEIN HEINZ, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968), 129 ff.; VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft, in: BÄR u.a. (Hrsg.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, SSHW Band 29, Zürich, 1978, 67 ff.; VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, 297 ff.

¹⁸ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, 745, 850 f., 992.

¹⁹ Botschaft (FN 18), BBl 1983, 851.

Art. 759 Abs. 4 E-OR regelte den Rückgriff dahingehend, dass dieser vom Richter nach dem Anteil des Einzelnen an der Gesamtverursachung und unter Berücksichtigung des Verschuldens sowie der übrigen Umstände bestimmt werden sollte.²⁰

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 mehrfach²¹ und verzichtete am Ende doch auf einen völligen Gleichlauf von Aussen- und Innenverhältnis. Art. 759 OR erhielt seinen heutigen Wortlaut, der eine differenzierte Solidarität auch im Aussenverhältnis vorsieht. Die Revisionsstelle haftet – soweit ihr Verschuldensanteil reicht – den Geschädigten gegenüber auch im Aussenverhältnis solidarisch. Gegenüber der alten Rechtslage war dies ein Fortschritt, weil die Revisionsstelle nicht mehr für den ganzen Schaden im Aussenverhältnis aufkommen musste, sondern nur noch in Höhe ihrer Haftungsquote eintreten musste. Dies stiess im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung.²² Das Bundesgericht änderte nachfolgend seine Rechtsprechung auch zum alten Recht entsprechend²³ und vollzog damit, was nach teilweise vertretener Ansicht ohnehin schon zuvor geltendes Recht gewesen wäre.²⁴ Ein Teil des Schrifttums erkannte jedoch sofort, dass diese Lösung langfristig keinen Bestand haben würde. Man kritisierte die gefundene Lösung, da bereits die Grundidee einer solidarischen Haftung von Kontrolliertem und Kontrolleur „aberwitzig“ sei.²⁵ Man habe den Revisor wie einen Anstifter oder Gehilfen des pflichtwidrig handelnden Verwaltungs-

²⁰ Botschaft (FN 18), BBl 1983, 992.

²¹ Amtl. Bull. NR 1985, 1788 f.; SR 1988, 527 ff.; NR 1990, 1389 ff.; SR 1991, 76; NR 1991, 852 ff.

²² Statt vieler BK-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 759 N 1 („geglückte Lösung“); BÖCKLI (FN 6), § 18 N 495 („geglückt“), wobei Letzterer eine Einschränkung in Bezug auf die differenzierte Solidarität der Revisionsstelle macht. Vgl. auch die Nachweise bei ROBERTO VITO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29, 32 FN 34.

²³ BGer 4C.147/1995 vom 11. Juni 1996, E. 5a und 5b, insoweit nicht abgedruckt in BGE 122 III 324.

²⁴ FORSTMOSER (FN 7), 483, 484 FN 7.

²⁵ BÖCKLI (FN 6), § 18 N 519a.

rats eingestuft, ohne zu erkennen, dass sich die Kompetenzen der Revisionsstelle auf eine sekundäre Rolle beschränken.

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. Vielmehr sind die Revisionsstellen bis heute dem beschriebenen überproportionalen Haftungsrisiko ausgesetzt und faktisch immer noch primärer Anspruchsgegner; zudem können sie ihre Regressansprüche nur selten voll durchsetzen. Dies hat die unter II.2.c) beschriebenen negativen Folgen.

b) Der Vorentwurf von 2005

Um die missliche Lage der Revisionsstelle zu verbessern, sah der Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 im Falle leichter Fahrlässigkeit eine Haftungsobergrenze der Revisionsstelle von 10 Mio. Fr. bzw. bei kotierten und wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften i.S.v. Art. 727 OR von 25 Mio. Fr. vor.²⁶ In der Vernehmlassung stiess dieser Vorschlag auf sehr viel Kritik.²⁷ 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.

c) Die Botschaft von 2007

Als Reaktion auf die überwiegende Ablehnung des Vorentwurfs sieht die Botschaft vom 21. Dezember 2007 keine summenmässige Haftungsbegrenzung mehr vor, sondern schlägt nun in Art. 759 I^{bis} E-OR einen

²⁶ Vorentwurf vom 2. Dezember 2005, 87 f., <www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

²⁷ Vgl. die Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse vom 14. Februar 2007, 25, <www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

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.*“²⁸ Damit greift die Botschaft die bereits 1983 vorgeschlagene Lösung (s. oben, II.3.a) wieder auf. Um zu verhindern, dass der Richter zwischen verschiedenen Formen der Fahrlässigkeit differenzieren muss, gilt die vorgeschlagene Privilegierung für jede Form der Fahrlässigkeit.²⁹ Der Grad der Fahrlässigkeit spielt nur für die Bestimmung der Grösse des Verschuldens und damit für die Bemessung der Höhe des (potentiellen) Rückgriffs eine Rolle.

Folgendes Beispiel³⁰ 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%).

²⁸ 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, BBI 2008, 1589, 1694 ff. sowie den Entwurf, BBI 2008, 1751, 1787.

²⁹ Botschaft (FN 28), BBI 2008, 1696.

³⁰ Beispiel nach SETHE (FN 1), 309.

	Schaden	Haftung VR nach aussen	Haftung RS nach aussen	Regress RS beim VR
absolute Soli- darität	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 zugestimmt.³¹ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beschloss am 26. März 2010, die Aktienrechtsrevision von der Volksinitiative gegen Abzockerei zu entkoppeln und alle die Corporate Governance betreffenden Bestimmungen der Vorlage des Bundesrates vorerst nicht weiter zu behandeln.³² Daher steht die Zustimmung des Nationalrats noch aus und wird voraussichtlich auch nicht vor der 2012 stattfindenden Abstimmung über die Volksinitiative erfolgen.

d) Kritik an Vorentwurf und Botschaft

aa) Nichtberücksichtigung wettbewerblicher Aspekte

Der Vorentwurf und die Botschaft beschreiben zutreffend die Probleme, die das bisherige Recht verursachte, ziehen hieraus aber nur unzureichende Kon-

³¹ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009, 713.

³² <www.parlament.ch/d/mm/2010/seiten/mm-rk-n-2010-03-26.aspx>.

sequenzen. Die vorgeschlagene Regelung berücksichtigt vor allem die haftungsrechtlichen Aspekte und vernachlässigt die wettbewerblichen. Zwar findet sich in der Botschaft 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.“³³ Details zur wirtschaftlichen Lage der Revisionsgesellschaften oder zum Markt für Prüfungen fehlen aber. Auch werden keine entsprechenden Konsequenzen gezogen.

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 fällt.³⁴ In diesem Fall würde die ohnehin schon sehr hohe Marktkonzentration im Bereich der Prüfung grosser und börsenkotierter Aktiengesellschaften³⁵ weiter zunehmen.³⁶ Dieser Aspekt spricht dafür, eine Haftungsobergrenze einzuführen, wie es der Vorentwurf vorsah.³⁷ 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

³³ Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1695.

³⁴ Ebenso BÖCKLI (FN 6), § 18 N 519i; BÖCKLI PETER/BÜHLER CHRISTOPH B., Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, FS Max Boemle, Zürich 2008, 235, 245.

³⁵ S. oben, FN 2.

³⁶ Diese Befürchtung äussert auch BÖCKLI (FN 6), § 18 N 191z; siehe auch das Zitat aus der Botschaft in FN 33.

³⁷ Zustimmend VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2, 16 ff.

sind.³⁸ Überspitzt könnte man 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 müssen.³⁹

Auf dem Markt für die Revision von KMUs sowie auf dem Markt für Treuhand sind in der Schweiz dagegen mehrere tausend Unternehmen tätig,⁴⁰ 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 Gläubigern⁴¹ 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

³⁸ Ein starkes Indiz dafür, dass Haftungshöchstsummen den Wettbewerb im Marktsegment um die Prüfung grosser Unternehmen belebt, zeigt die Studie von London Economics/EWERT RALF, *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 42.

³⁹ Ebenso BÖCKLI (FN 6), § 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.

⁴⁰ WEKO, RPW 2002/3, 473 N 20 („Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG“).

⁴¹ 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.

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 nachlassen.⁴² 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“⁴³ eingeführt, um die Jahresabschlüsse börsenkotierter Unternehmen zu überprüfen. Die zu Tage getretenen ersten Ergebnisse waren erschütternd; rund ein Viertel der Bilanzen war fehlerhaft.⁴⁴ 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 überzeugend.⁴⁵ Offen bleibt damit noch die Frage nach der Versicherbarkeit. Eine potentiell unbegrenzte Haftung führt dazu, dass für mittelgrosse Prüfgesellschaften 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

⁴² So die bei London Economics/EWERT (FN 46), 154 zitierten Studien sowie BAHAR RASHID/TRIGO TRINDADE RITA, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, 146, 153; anders aber die Schlussfolgerung von London Economics/EWERT (FN 46), 180.

⁴³ <www.frep.info>.

⁴⁴ <www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/0,2828,656840,00.html>.

⁴⁵ Ebenso BÖCKLI/BÜHLER (FN 34), 262 f.; CAMPONOVO RICO/BERTSCHINGER PETER, Haftungsreform für die Abschlussprüfung – Europäische, amerikanische und schweizerische Sicht, ST 2007, 256, 259; DORALT (FN 7), 168 ff.

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 zum Ergebnis, dass es in absehbarer Zeit keinem der mittelgrossen Wettbewerber gelingen wird, in den Markt für die Prüfung grosser und börsenkotierter Unternehmen vorzustossen.⁴⁶ 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 für grosse und börsenkotierte 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 – wie sie etwa in Bezug auf eine mit risikoadäquater Beitragsbemessung versehenen Einlagensicherung diskutiert werden – eine Poollösung 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 untersagen,⁴⁷ könnte dies den Wettbewerb im Marktsegment um die Prüfung grösserer Gesellschaften ebenfalls fördern. Hierzu müsste man vor allem die Entwicklung in den USA betrachten, die im Sarbanes Oxley Act eine solche Trennung vorgeschrieben haben.

⁴⁶ London Economics/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>; CAMPOUNOVO/BERTSCHINGER (FN 45), 256.

⁴⁷ 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.

Damit lässt sich feststellen, dass die Botschaft nur einen Teilbereich der bestehenden Probleme des Verantwortlichkeitsrechts aufgreift und es sinnvoll wäre, wenn der Gesetzgeber eine entsprechende Tatsachenerhebung vornimmt, auf der eine sowohl gesellschaftsrechtliche als auch wettbewerbliche Aspekte berücksichtigende Lösung aufgebaut wird.

bb) Etikettenschwindel?

Die Botschaft spricht davon, dass der Entwurf die bereits im geltenden Recht vorgesehene Regelung der differenzierten Solidarität „verdeutliche“.⁴⁸ Faktisch soll die solidarische Haftung bei leichter Fahrlässigkeit abgeschafft werden,⁴⁹ 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.

cc) 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 rechtfertigen würde.

⁴⁸ Botschaft (FN 28), BBI 2008, 1695.

⁴⁹ So auch BÖCKLI (FN 6), § 18 N 519f; BÖCKLI/BÜHLER (FN 34), 244; WATTER ROLF/GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme – changement de paradigme?, SZW 2009, 235, 246; VOGT HANS-UELI, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: WEBER/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 21, 48. Im Ergebnis auch ROBERTO (FN 22), 29, 40 (allerdings vor Veröffentlichung der Botschaft).

tige, sie zu privilegieren.⁵⁰ 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 und sie 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 gelte.⁵¹ Auch hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass Prospektverantwortliche und Mitglieder des Verwaltungsrats eine primäre Verantwortung tragen und die Revisionsstelle diese Personenkreise lediglich kontrollieren soll. Aufgrund dessen ist die Sonderbehandlung der Revisionsstelle gerechtfertigt.

dd) Haftungsmassstab

Zu begrüssen ist, dass die in der Botschaft vorgeschlagene Fassung von Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR jede Form der Fahrlässigkeit erfasst.⁵² Die noch im Vorentwurf (s.o. II.3.b) enthaltene 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 einzuschränken.⁵³ 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

⁵⁰ WATTER/GARBARSKI (FN 49), 235, 245 f.; GLANZMANN LUKAS, Die grosse Aktienrechtsrevision – Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, ST 2008, 665, 679; zu Recht a.A. BÖCKLI (FN 6), § 18 N 191u ff.; VOGT (FN 49), 47.

⁵¹ BÖCKLI (FN 6), § 18 N 191s ff.; ROBERTO (FN 22), 29, 37 f.

⁵² Ebenso WIDMER DIETER/CAMPONOVO RICO A., Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, ST 2008, 110, 112.

⁵³ BÖCKLI (FN 6), § 18 N 190; ROBERTO (FN 22), 29, 37 f.

Revisionsstelle am Gesamtschaden zu tragen hat.⁵⁴ Dieser Gefahr kann jedoch kaum durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden,⁵⁵ sondern nur durch eine Justiz, die sich vom Umstand des Versicherungsschutzes und Vermögensumfangs unbeeinflusst zeigt.

ee) 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 kann.⁵⁶ 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“⁵⁷ führen, an dem die anderen Verantwortlichen gerade nicht beteiligt sind.⁵⁸ 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 prozes-

⁵⁴ Auf den Umstand, dass hier der Grad der Fahrlässigkeit massgeblich ist, weisen auch WIDMER/CAMPOUNOVO (FN 52), 110, 113, hin. Ebenso BÖCKLI (FN 6), § 18 N 191q.

⁵⁵ Zu einer der Business Judgement Rule vergleichbaren Regel für die Revision („Audit Judgement Rule“) VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 11.

⁵⁶ Umfassend BÖCKLI (FN 6), § 18 N 519j ff.; BÖCKLI/BÜHLER (FN 34), 249 ff.; CAMPOUNOVO/BERTSCHINGER (FN 45), 261 f.; WATTER/GARBARSKI (FN 49), 235, 246 ff.

⁵⁷ Begriff nach BÖCKLI (FN 6), § 18 N 519k.

⁵⁸ Kritisch deshalb auch BÖCKLI (FN 6), § 18 N 519l ff.

sualen Möglichkeiten begrenzen.⁵⁹ Hilfreich ist dabei natürlich auch die in Art. 40 ZPO geregelte gerichtliche Zuständigkeit für Verantwortlichkeitsklagen.

4. Rechtsvergleichende Aspekte

Innerhalb der EU bestand keine einheitliche Auffassung zur Rolle, Stellung und Haftung des Abschlussprüfers; dies beruht zum einen auf unterschiedlichen Rechtstraditionen, zum anderen aber auch auf andersgearteten Risikoverteilungsmechanismen sowie abweichenden Strukturen der Unternehmensverfassung. Diese Unterschiede verursachten bei grenzüberschreitenden Prüfungen Probleme hinsichtlich des Inhalts und der Qualität der Prüfung und wirkten sich negativ auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Prüfungswesen insgesamt aus. Auch die zivilrechtliche Haftung war und ist höchst unterschiedlich geregelt: So wird die Klage der geprüften Gesellschaft gegen die Prüfer teils als vertragliche und teils als deliktische begriffen. Die Einbeziehung der Gesellschafter, Gläubiger oder sonstiger Dritter in den Schutzbereich der Prüfung ist ebenfalls unterschiedlich ausgestaltet. Die Verjährung unterscheidet sich nicht nur hinsichtlich der Dauer der Frist, sondern auch hinsichtlich des Verjährungsbeginns. Uneinheitlich ist schliesslich die Frage der gesetzlichen oder vertraglichen Haftungsbegrenzung geregelt.⁶⁰

Das „Grünbuch zur Rolle, Stellung und Haftung des Abschlussprüfers in der Europäischen Union“ aus dem Jahre 1996 äusserte sich sehr sybillinisch zur Frage der Notwendigkeit einer Regulierung der Haftungsfrage: „Aktionen im Rahmen der EU dürften sich auf diesem Gebiet schwierig gestalten. Es handelt sich hier nicht um den einzigen Berufsstand, der sich mit Haftungsproblemen auseinandersetzen hat. Zudem sind die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten im Bereich der zivilrechtlichen Haftung sehr unterschiedlich. Es ist zu überdenken, ob die negativen Auswirkungen der fortdauernden Unterschiede bei den Bestimmungen über die Haftung von Abschlussprüfern

⁵⁹ Im Vorfeld der Aktienrechtsrevision von 1992 war darüber diskutiert worden, Verantwortlichkeitsklagen in einem Prozess zu bündeln, vgl. Amtl. Bull. SR 1988, 528.

⁶⁰ So die Ergebnisse der von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studie über die Zivilhaftung von Abschlussprüfern vom 15.1.2001, <http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf>.

wichtig genug sind, ein Tätigwerden der EU zu rechtfertigen; dabei sind die Schwierigkeiten in Betracht zu ziehen, die ein solches Tätigwerden mit sich bringen kann sowie die mögliche Diskriminierung für andere Berufe, die eine spezifische Aktion für den Prüferberuf bewirkt“.⁶¹

Mit der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen⁶² hat die EU die Anforderungen an die Abschlussprüfung harmonisiert. Art. 31 dieser Richtlinie verpflichtet die Kommission, einen Bericht über die Auswirkungen der derzeitigen nationalen Haftungsregelungen für Abschlussprüfungen auf die Europäischen Kapitalmärkte und auf die Versicherungsbedingungen zu erstellen. Sie soll, wenn nötig, Empfehlungen vorlegen. Die entsprechende Studie wurde im September 2006 vorgelegt.⁶³ Sie kommt zum Ergebnis, dass der Markt für die Prüfung von grossen und von börsenkotierten Gesellschaften stark konzentriert ist und von den Big Four dominiert wird. Eine Änderung dieses Zustands sei nicht zu erwarten. Mittलगrosse Wettbewerber würden beim Versuch, in dieses Marktsegment einzudringen, auf unüberwindbare Hindernisse stossen. Als solche werden die nicht ausreichende Reputation, fehlende Kapazitäten und Vernetzung sowie die Kombination aus unbeschränkter Haftung und der sehr begrenzten Verfügbarkeit von Versicherungsleistungen identifiziert. Umfang und Deckungssummen der Haftpflichtversicherungen seien in den letzten Jahren dramatisch gesunken; die Bedingungen für eine Inanspruchnahme der Versicherung seien verschärft worden. Derzeit deckten in einigen Mitgliedstaaten die Versicherungen weniger als 5% der Schadenssummen ab, die gegen Wirtschaftsprüfer eingeklagt würden. Die Prämien seien stark gestiegen. Im Falle der Captives der Big Four habe sich die Prämie der Rückversicherung innerhalb der letzten fünf Jahre verdoppelt. Hinzu komme eine deutlich gestiegene Bereitschaft (der Gesellschaften bzw. der Insolvenzverwalter) zur Klage. Die Big Four bzw. ihre

⁶¹ Vgl. Grünbuch zur Rolle, Stellung und Haftung des Abschlussprüfers in der Europäischen Union vom Juli 1996, N 5.7, <http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/700996_de.pdf>.

⁶² Richtlinie 2006/43/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABI EU Nr. L 157 vom 9.6.2006, 87; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/30/EG, ABI EU Nr. L 81 vom 20.3.2008, 53.

⁶³ London Economics/EWERT (FN 38).

Captives seien damit einem erheblichen Risiko ausgesetzt, zur Zahlung einer hohen Schadenersatzforderung verurteilt zu werden oder einer hohen Vergleichssumme zustimmen zu müssen. Verzehre dies die Mittel der Versicherung oder der Captives, bleibe als Haftungssubstrat nur das Vermögen der Partner. Diese Gefahr schmälere die Chance der Big Four auf qualifizierten Nachwuchs. Zudem drohe der Zusammenbruch einer der Big Four und damit steigt die Wahrscheinlichkeit, dass grosse oder börsennotierte Unternehmen keine Prüfer mehr finden. Dies wiederum beeinträchtigt die Kapital- und Versicherungsmärkte.

Um diese Risiken zu reduzieren, hat die EU-Kommission im Jahre 2008 eine Empfehlung zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften erlassen.⁶⁴ In ihrer Ziff. 5 werden wahlweise folgende Massnahmen für die Haftung der Revisoren von börsennotierten Gesellschaften empfohlen:

- Festlegung eines finanziellen Höchstbetrags oder einer Formel zur Berechnung eines solchen Betrags,
- Einschränkung der unbeschränkten und solidarischen Haftung,
- Vertragsfreiheit hinsichtlich einer Haftungsbeschränkung.

Die Kommission konzentriert sich mit der Empfehlung auf das Marktsegment der Prüfung börsennotierter Gesellschaften. Sinnvoll wäre jedoch eine Lösung, die auch die anderen Marktsegmente in den Blick nimmt und den Umstand berücksichtigt, dass auch dort sehr hohe Versicherungsprämien zu zahlen sind, existenzvernichtende Klagen drohen und die Marktkonzentration zunimmt. Zudem sind – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die drei vorgeschlagenen Mechanismen zur Haftungsbegrenzung nicht gleichermaßen gut geeignet, um die Zunahme der Marktkonzentration zu verhindern. Daher erweckt die Empfehlung auf den ersten Blick den Eindruck eines Trostpflasters, der keinen echten Fortschritt bewirkt, da EG-Empfehlungen oft das Schicksal haben, nicht beachtet zu werden. Dass die Kommission trotzdem diesen Weg beschreitet, beruht auf dem Umstand, dass sie nicht nur die Haftung der Abschlussprüfer im Blick hat, sondern den Wettbewerb in

⁶⁴ Empfehlung der Kommission vom 5.6.2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften (2008/473/EG), ABl. EU Nr. L 162 vom 21.6.2008, 39; dazu FERRAN (FN 4), 646.

diesem Markt durch vielfältige andere Massnahmen stärken will und zu diesem Zweck ein Grünbuch vorgelegt hat.⁶⁵ Da dieses – vor dem Hintergrund der gerade ergangenen Empfehlung konsequent – die Haftung ausblendet, werden die darin gemachten Vorschläge an dieser Stelle nicht vertieft.

III. Therapie – Begrenzung der solidarischen Haftung

Eine tragfähige Lösung der Haftungsfrage muss drei Ziele im Blick haben. Einerseits darf die Haftung nicht so ausgestaltet sein, dass sie für die geschädigte Gesellschaft, deren Gesellschafter und Gläubiger wertlos ist. Andererseits muss sichergestellt sein, dass die Revisionsstelle künftig nicht mehr als Ausfallbürge für zahlungsunfähige Verwaltungsräte fungiert und dass die genannten wettbewerblichen Aspekte Berücksichtigung finden.

1. Haftungshöchstsummen für staatlich beaufsichtigte Revisionsgesellschaften

Im Schrifttum findet sich der Vorschlag, 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

⁶⁵ Grünbuch – Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise vom 13.10.2010, KOM (2010) 561 endg., <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/audit/green_paper_audit_de.pdf>. Zum Grünbuch vgl. etwa KÄMPFER GEORG/KAYSER HARALD/SCHMIDT STEFAN, Das Grünbuch der EU-Kommission zur Abschlussprüfung, DB 2010, 2457; Max-Planck-Institut-Arbeitsgruppe zur Unabhängigkeit der Abschlussprüfer, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission, ZIP 2011, 459; Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission, NZG 2011, 176; NIEMANN WALTER, Aktuelles aus der Wirtschaftsprüfung für den Mittelstand – Das Grünbuch der EU-Kommission, DStR 2010, 2368.

„Alarmanlage“ für die Revisionsaufsichtsbehörde dienen und dürften deshalb nicht allzu stark eingeschränkt werden.⁶⁶

Dieser Vorschlag ähnelt sehr stark demjenigen, den der Vorentwurf enthielt. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Haftungshöchstsummen nur für die Revisionsunternehmen (Art. 6 RAG) gelten sollen, während sie für Revisionsexperten (Art. 4 RAG) und Revisoren (Art. 5 RAG) nicht gelten sollen. Gegen diese Lösung sprechen die oben unter II.3.b) genannten Gründe, da man die grossen Revisionsgesellschaften schützt und die kleineren dadurch faktisch über Gebühr belastet. Zudem berücksichtigt der Vorschlag nicht die Konzentrationsbewegung im Marktsegment der Prüfung von KMU.⁶⁷

2. Statutarische oder vertraglich vorgesehene Haftungshöchstsumme

Weiterhin wird die gesetzliche Zulassung von haftungsbeschränkenden Vereinbarungen zwischen der zu prüfenden Gesellschaft und ihrer Revisionsstelle vorgeschlagen. Eine Haftungsbeschränkung soll für den Fall leichter Fahrlässigkeit und mit einer Dauer von maximal fünf Jahren vereinbart werden dürfen. Die Beschränkung dürfe das Fünffache des durchschnittlichen Revisionshonorars für die betreffende Gesellschaft nicht unterschreiten.⁶⁸

Dieser Vorschlag stellt zwar die Versicherbarkeit her, weist aber auch Nachteile auf. (1) Die Idee zu dieser Lösung stammt aus dem britischen Recht, bei dem die Revision allein im Interesse der Gesellschaft durchgeführt wird, so dass Gläubiger nicht in den Schutzbereich der Verantwortlichkeitsansprüche gegen Revisoren einbezogen sind.⁶⁹ 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. Zudem müsste er für ausreichende Transparenz sorgen, damit die Gläubiger von der Haftungsbeschränkung Kenntnis erhalten. Wenn der Gesetzgeber sich zu einer solchen Lösung

⁶⁶ BAHAR RASHID/TRIGO TRINDADE RITA, Sondernummer GesKR 2008, 154 f.

⁶⁷ Ablehnend auch SETHE (FN 1), 316.

⁶⁸ BSK-WIDMER/GERICKE/WALLE, Art. 759 N 1; ähnlich auch FORSTMOSER (FN 24), 512.

⁶⁹ S. oben, FN 4 m.w.N. sowie London Economics/EWERT (FN 46), 198.

entschliessen sollte und der Gesellschaft erlaubt wird, zulasten der Gläubiger eine Vereinbarung zu treffen, birgt dies den Nachteil, dass diese ihre Interessen nicht geltend machen können.⁷⁰ Dies könnte man mit dem Hinweis rechtfertigen, die Gläubiger seien selbst in der Lage, durch vertragliche Vereinbarungen mit der Gesellschaft ihrerseits 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 schutzlos.⁷¹ (2) Gegen diese Lösung wurde auch eingewandt, dass mit ihr ein unnötiger Formalismus verbunden sei, da alle Gesellschaften von dieser Möglichkeit Gebrauch machen würden, um eine Revisionsstelle gewinnen zu können.⁷² In diesem Fall könne man die Vorgaben für die Haftungsbeschränkung auch gleich in das Gesetz schreiben, zumal dies die Transparenz auch für aussenstehende Gläubiger erhöhe. Inzwischen liegen jedoch erste Erfahrungen aus Grossbritannien vor, das diese Lösung mit den sections 532-538 des Companies Act 2006⁷³ eingeführt hatte. Es zeigt sich, dass die Abschlussprüfer diese Möglichkeit nicht nutzen, da sie befürchten, dass in den Verhandlungen über die Haftungsbegrenzung auch eine Reduktion ihres Honorars zur Debatte steht.⁷⁴ Der Einwand, alle Gesellschaften würden die Möglichkeit ohnehin nutzen, überzeugt also nicht. (3) Allerdings offenbart die britische Erfahrung einen ganz anderen Umstand: Offensichtlich ist den Big Four die Höhe des Honorars in einer Vielzahl von Fällen wichtiger als die Vorsorge für einen Haftungsfall oder gar die eigene Insolvenz. Da jedoch auch die Öffentlichkeit ein Interesse daran hat, den Wettbewerb in diesem Marktsegment zu erhalten, sollte man die Frage der Haftungsbegrenzung gerade nicht den Prüfungsunternehmen überlassen, da deren primäres Interesse nicht in der Erhaltung des Wettbewerbs als solchem, sondern in der Optimierung ihrer Einnahmen besteht. Die „Verhandlungslösung“ ist also von vornherein ungeeignet, da die Prüfer selber an Verhandlungen nur interessiert sind, wenn sie dafür keine Gegenleistung erbringen müssen. (4) Zudem setzen Verhandlungen ein Verhandlungs-

⁷⁰ BÖCKLI (FN 6), § 18 N 1921 f.

⁷¹ Ablehnend daher auch die Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1695.

⁷² So SETHE (FN 1), 316.

⁷³ Companies Act 2006, c. 46.

⁷⁴ FERRAN (FN 4), 649.

gleichgewicht voraus. Der britische Gesetzgeber unterstellt ein solches zwischen den geprüften Unternehmen und den Prüfungsgesellschaften. Will jedoch eine Prüfungsgesellschaft, die nicht zum Kreis der Big Four gehört, in das Marktsegment der Prüfung grösserer oder kotierter Unternehmen eindringen, ist ihre Verhandlungsmacht zunächst nicht sehr stark, so dass eine Verhandlungslösung auch deshalb scheitern wird. Sie führt nicht zu mehr Wettbewerb. (5) Mit dem Vorschlag einer vertraglichen Haftungsbeschränkung wird auch die Idee verbunden, dass die Prüfungsgesellschaften gerade für den Fall riskanter Situationen ihre Einstandspflicht limitieren könnten.⁷⁵ Dies setzt allerdings voraus, dass der Risikocharakter der Prüfung vorhersehbar ist. Betrachtet man jedoch die Fälle, in denen die Revisionsunternehmen in grösserem Umfang in Anspruch genommen wurden, waren hiervon die Prüfungsgesellschaften selbst überrascht. (6) Gegen die britische Lösung spricht auch, dass sie keine sichere Abgrenzung der Reichweite der Haftungsbeschränkung zu erlauben scheint, denn in Konzernsachverhalten ist die Einbeziehung der Tochtergesellschaften unklar.⁷⁶ (7) Schliesslich ist zu bedenken, dass die US-amerikanische SEC Haftungsbeschränkungen nicht anerkennt, da sie bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung davon ausgeht, dass der Prüfer nicht mehr unabhängig sei. Ausnahmen für ausländische Emittenten will die SEC nicht machen.⁷⁷ Die in den USA kotierten schweizerischen Gesellschaften könnten also bei Haftungsprozessen keinen Nutzen aus einer vereinbarten Haftungsbeschränkung ziehen.⁷⁸

Die gleichen Einwände sprechen auch gegen eine in den Statuten vorgesehene Haftungshöchstsumme.⁷⁹

⁷⁵ FERRAN (FN 4), 648.

⁷⁶ FERRAN (FN 4), 649.

⁷⁷ HUGHES JENNIFER, SEC blocks auditor liability deals, Financial Times, March 10 2009.

⁷⁸ FERRAN (FN 4), 649 f.

⁷⁹ Ebenso BÖCKLI (FN 6), § 18 N 1921 f.

3. Prozentuale Pauschalierung der Ersatzpflicht

In Anlehnung an einen unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid⁸⁰ wird eine Beschränkung der Revisionshaftung auf eine Quote des Gesamtschadens von 25% vorgeschlagen.⁸¹ Damit liesse sich die Versicherbarkeit leichter erreichen. Allerdings bleibt das Problem bestehen, dass bei grossen Schäden der Untergang des Revisionsunternehmens droht. Zudem erscheint die gesetzliche Festlegung eines Prozentsatzes recht willkürlich.⁸² 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 Alternative könnte darin bestehen, die differenzierte Solidarität beizubehalten und mit einer Haftungsquote nach oben zu begrenzen. Der Haftungsanteil würde dann in zwei Schritten festgestellt: Zunächst ist zu ermitteln, für welchen Anteil des Schadens die Revisionsstelle verantwortlich ist. Von diesem Anteil müsste sie dann einen bestimmten Prozentsatz tragen.⁸³ Bei extrem grossen Schäden wird damit aber der Zusammenbruch einer Revisionsgesellschaft nicht verhindert. Zudem wird die prozentuale Quote gerade nicht in Relation zu den vereinnahmten Honoraren der Revisionsstelle gesetzt, so dass diese Lösung wiederum eher die grossen Revisionsunternehmen begünstigt.

4. Nach Unternehmensgrösse gestaffelte Haftungshöchstsummen

Vorgeschlagen wird auch eine Haftungsobergrenze, die sich nach der Grösse des zu prüfenden Unternehmens richtet.⁸⁴ 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

⁸⁰ BGer 4C.506/1996 vom 3. März 1998.

⁸¹ LUTERBACHER THIERRY, Versicherung und Revisionshaftung, ST Spezialnummer 2006, 864, 872; siehe auch oben FN 66; a.A. BÖCKLI (FN 6), § 18 N 192i ff. Ablehnend auch die Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1695.

⁸² Ebenso BÖCKLI/BÜHLER (FN 34), 265; CAMPONOVO/BERTSCHINGER (FN 45), 260.

⁸³ So CAMPONOVO/BERTSCHINGER (FN 45), 260.

⁸⁴ So BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 155.

sein, dass mittlere Revisionsgesellschaften Schwierigkeiten haben werden, eine Versicherung zu finden.⁸⁵ Der Vorschlag hätte damit faktisch eine Verfestigung des Status quo der Marktabschottung zur Folge.

5. Pauschalierung der Ersatzpflicht auf ein Vielfaches des Revisionshonorars

Als überzeugend erweist sich der Vorschlag, die Haftung der Revisionsstelle auf ein Vielfaches des Revisionshonorars zu begrenzen.⁸⁶ Er bietet den Vorteil der leichteren Versicherbarkeit und verhindert extreme Schadenersatzpflichten, die zum Zusammenbruch einer weiteren grossen Revisionsgesellschaft führen könnten. Zudem würde er kleinen und mittleren Prüfgesellschaften erlauben, in „höhere“ Marktsegmente vorzustossen. Damit würde den oben genannten wettbewerblichen Gesichtspunkten Rechnung getragen.⁸⁷

Diese Lösung setzt jedoch wirksame Vorkehrungen voraus, um zu verhindern, dass die Revisionsstelle die Honorare für die Revision künstlich tief hält und ihre Einnahmen stattdessen über sonstige Beratungsleistungen generiert.⁸⁸ 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 diesen gleichwohl eine verlässli-

⁸⁵ Kritisch auch CAMPONOVO/BERTSCHINGER (FN 45), 259.

⁸⁶ FORSTMOSER (FN 24), 511 f.; BÖCKLI (FN 6), § 18 N 192e ff.; VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 17; BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 155.

⁸⁷ BÖCKLI (FN 6), § 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 34), 263 f.

⁸⁸ Die Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1695, hatte deshalb diese Lösung abgelehnt, ohne zu prüfen, wie man die Umgehung wirksam verhindern kann.

che Kalkulation erlaubt.⁸⁹ Mittels eines angemessenen Selbstbehalts könnte zudem ein Anreiz zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht gesetzt werden.⁹⁰

6. Zwischenfazit

Die Begrenzung der Haftungssumme auf ein Vielfaches des Honorars der Revisionsstelle schafft eine verlässliche Grundlage für die Versicherbarkeit und trägt damit den geschilderten wettbewerblichen Problemen am besten Rechnung. Diese Lösung lässt sich allerdings nur um den Preis erzielen, dass Geschädigte nicht mehr in den Genuss des vollen Schadenersatzes kommen.⁹¹ Dabei ist zu differenzieren. 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 ihnen im Konkursfalle weniger Haftungsmasse zur Verfügung steht.⁹² 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.

⁸⁹ Befürwortend auch CAMPOUNOVO/BERTSCHINGER (FN 45), 260.

⁹⁰ Ebenso VON DER CRONE, SZW 2006, 2, 18 f.

⁹¹ In diesen Genuss kämen sie auch nicht, wenn ein Revisionsunternehmen anlässlich eines grossen Schadensfalles in Konkurs fällt.

⁹² Dabei müsste man eigentlich noch nach Gläubigergruppen unterscheiden, da sich bestimmte Gläubigergruppen (z.B. Banken) besser schützen können als andere.

IV. Weitere Regelungsvorschläge der Aktienrechtsrevision

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

Eine lediglich redaktionelle Klarstellung ohne Änderung der materiellen Rechtslage soll in Art. 755 Abs. 2 OR erfolgen. Der Vorentwurf⁹³ und die Botschaft⁹⁴ ersetzen das Wort „Mitarbeiter“ durch „Arbeitnehmer“. Der Ständerat hat dieser Änderung zugestimmt⁹⁵ und auch das Schrifttum scheint sie zu billigen, denn es sieht keine Notwendigkeit, auf die Änderung näher einzugehen.⁹⁶ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beschloss am 26. März 2010, die Aktienrechtsrevision von der Volksinitiative gegen Abzockerei zu entkoppeln und alle die Corporate Governance betreffenden Bestimmungen der Vorlage des Bundesrates vorerst nicht weiter zu behandeln. Die Zustimmung des Nationalrats wird voraussichtlich nicht vor der 2012 stattfindenden Abstimmung über die Volksinitiative erfolgen.⁹⁷

2. Die Kostentragungsregelung

Als Folge des Inkrafttretens einer einheitlichen Zivilprozessordnung für die Schweiz am 1. Januar 2011⁹⁸ sollen alle in materiellen Gesetzen befindlichen prozessualen Kostentragungsregeln in das Prozessrecht überführt werden. Ein solches Vorgehen erfolgte auch in Bezug auf die in Art. 756 Abs. 2 OR enthaltene Kostentragungsregel zur Verantwortlichkeitsklage.⁹⁹ Der bisherige Art. 756 Abs. 2 OR sah vor, dass der Richter die Kosten, soweit sie nicht ohnehin von dem beklagten Organverantwortlichen zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilen kann, sofern

⁹³ Vorentwurf (FN 26), 87.

⁹⁴ Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1693.

⁹⁵ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009, 711.

⁹⁶ BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 146.

⁹⁷ S. oben, Text bei FN 32.

⁹⁸ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

⁹⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 sowie Vorentwurf (FN 26), 87; Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1693. Die Aufhebung der Norm erfolgte dann durch Anhang 1 Ziff. II 5 der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, mit Wirkung seit 1. Januar 2011, AS 2010, 1739.

der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Auf diese Weise sollte verhindert werden, dass das Kostenrisiko Aktionäre von der Verantwortlichkeitsklage abhält, die sie auch im Interesse der Gesellschaft erheben („der Aktionär als Hüter des Rechts“). Da die neue ZPO vergleichbare Kostentragungsregeln enthält, war die Überführung der Regelung in das Prozessrecht unter systematischen Gesichtspunkten sinnvoll. Dieses enthält nun 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 Kostentragungsregel ist jedoch nicht gelungen und daher auf Kritik gestossen.¹⁰⁰ Bei der Neuregelung 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 in Art. 756 Abs. 2 altOR 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 anzuwenden.¹⁰¹ Der Bundesrat nutzte jedoch die – durch die Minderinitiative veranlasste – Zusatzbotschaft¹⁰² dazu, diesen Fehler zu beheben. In Art. 107 Abs. 1^{bis} E-ZPO ist daher 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

¹⁰⁰ BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 156.

¹⁰¹ BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 156.

¹⁰² Botschaft zur Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht); BBl 2009, 327 f.

Voraussetzungen ohnehin in seine Ermessensentscheidung einbeziehen, so dass in der Sache kein Unterschied zum heutigen Recht bestehen dürfte.¹⁰³

Bei den Beratungen dieser Neuregelung im Ständerat wurde ein Zusatzantrag gestellt, wonach Art. 756 Abs. 1^{bis} E-OR wie folgt zu formulieren sei¹⁰⁴: „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, weil der Richter so zu einer beinahe schon hellseherischen Prognose über den Ausgang des Prozesses gezwungen würde, denn zu diesem Zeitpunkt kennt er die wahre Sachlage noch nicht, 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 zugestimmt.¹⁰⁵ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beschloss am 26. März 2010, die Aktienrechtsrevision von der Volksinitiative gegen Abzockerei zu entkoppeln.¹⁰⁶ Die Rechtskommission des Ständerats legte am 25. Oktober 2010 einen indirekten Gegenvoran-

¹⁰³ BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 156 f. darüber hinaus eine Beibehaltung der Kostentragungsregeln 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.

¹⁰⁴ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009, 711 f.

¹⁰⁵ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009, 712, 717 f.

¹⁰⁶ S. oben, Text bei FN 32.

schlag vor,¹⁰⁷ der an der in der Zusatzbotschaft des Bundesrats¹⁰⁸ vorgeschlagenen Kostentragungsregel festhielt. Stände- und Nationalrat stimmten dem am 14. Dezember 2010 bzw. am 9. März 2011 zu.¹⁰⁹ Da jedoch andere Punkte noch streitig sind,¹¹⁰ kam es bislang nicht zu einer endgültigen Verabschiedung des indirekten Gegenvorschlags.

3. Der Beschluss der GV zur Klageerhebung

In der Zusatzbotschaft¹¹¹ 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 am 11. Juni 2009 zugestimmt.¹¹² Auch dieser Punkt wurde in den indirekten Gegenvorschlag der Rechtskommission des Ständerats übernommen und fand sodann die Zustimmung von Stände- und Nationalrat. Allerdings kam es wegen anderer Streitpunkte bislang nicht zur Verabschiedung des indirekten Gegenvorschlags.¹¹³

¹⁰⁷ Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative „gegen die Abzockerei“, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBl 2010, 8253 sowie <www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Documents/entwurf-rk-s-10-443-2010-10-25-d.pdf>.

¹⁰⁸ Zusatzbotschaft (FN 102), BBl 2009, 327 f.

¹⁰⁹ <www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/N1-33%20D.pdf>.

¹¹⁰ Ausführlich SETHE ROLF/ANDREOTTI FABIO, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht/Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, SJZ 2011, 489 ff.

¹¹¹ Zusatzbotschaft (FN 102), BBl 2009, 327 f.

¹¹² Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009, 712.

¹¹³ S. oben, IV.2.

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

Mit der Aktienrechtsrevision von 1992 wurden Art. 757 Abs. 2 und 3 OR eingeführt, um die Doppelnatur der Verantwortlichkeitsklage (Klage der Aktionäre und Gläubiger aus eigenem Recht und Klage aus dem Recht der AG) festzuschreiben.¹¹⁴ 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 Gläubigergesamtheit.¹¹⁵ Als die Aktienrechtsrevision 1992 in Kraft trat, passten die geänderten Vorschriften des Art. 757 OR nicht mehr zur neuen Linie der Rechtsprechung, an der das Bundesgericht seitdem festgehalten hat.¹¹⁶

Während der Vorentwurf¹¹⁷ noch keinerlei Änderung bei Art. 757 OR vorsah, wurde in der Botschaft¹¹⁸ 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 zu.¹¹⁹ Die Zustimmung des Nationalrats steht noch aus.¹²⁰ Zu überlegen wäre jedoch, ob es nicht sinnvoll wäre, die von der Rechtsprechung entwickelte Raschein-Doktrin auch im Wortlaut des Gesetzes zu verankern.¹²¹

¹¹⁴ Botschaft (FN 18), BBl 1983, 937; Amtl. Bull. SR 1988, 525; Amtl. Bull. NR 1990, 1389; BAHAR RASHID/TRIGO TRINDADE RITA, Sondernummer GesKR 2008, 157.

¹¹⁵ BGE 117 II 432.

¹¹⁶ Vgl. etwa BGE 132 III 342; 136 III 107.

¹¹⁷ Vorentwurf (FN 26), 87.

¹¹⁸ Botschaft (FN 28), BBl 2008, 1693.

¹¹⁹ Sommersession 2009 – 16. Sitzung vom 11.06.2009, Amtl. Bull. SR 2009, 712.

¹²⁰ Vgl. Text bei FN 32.

¹²¹ In diese Richtung zielen auch BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 157.

5. Offene Fragen

Die Aktienrechtsrevision greift nur einen Teil der Probleme des Verantwortlichkeitsrechts heraus. Drei seit langem diskutierte Komplexe werden nicht angesprochen: (1) Der Gesetzgeber könnte die Reform nutzen und die im Schrifttum streitige Frage, ob es – entweder konstitutiv oder deklaratorisch – einer gesetzlichen Verankerung der Business Judgement Rule bedarf, klären.¹²² Auch die Forderung nach einer Haftungsbefreiung des Laienrevisors wurde nicht thematisiert.¹²³ Gleiches gilt für die Forderung nach Abschaffung der als faktische Kausalhaftung beschriebenen Verantwortlichkeit bei der Nichtabführung von Sozialabgaben.¹²⁴

V. Fazit und Ausblick

National wie international bereitet der Markt für die Prüfung von Unternehmen Anlass zu grosser Sorge. Grosse und börsenkotierte Gesellschaften werden allein von den Big Four geprüft. Kleine und mittlere Prüfgesellschaften können faktisch nicht in dieses Marktsegment eindringen, da sie sich gegen die drohenden hohen Verantwortlichkeitsansprüche nicht ausreichend versichern können, so dass eine faktische Marktabschottung vorliegt. Die hohe Marktkonzentration könnte gar noch weiter zunehmen, wenn eine der Big Four insolvent wird. Diese Gefahr ist real, denn – wie dargelegt – können ein oder zwei grosse Haftungsfälle eine dieser Prüfgesellschaften zu Fall bringen. Nicht nur die fehlende Möglichkeit des Eindringens kleinerer und mittlerer Prüfgesellschaften in dieses Marktsegment ist problematisch, sondern auch die zunehmende Konzentration innerhalb der kleinen und mittleren Prüfgesellschaften. Auch hier spielen die hohen Kosten für Versicherung eine zentrale Rolle. Es muss also ein Weg gefunden werden, die Versicherungssummen kalkulierbar und versicherbar zu machen.

¹²² 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 SETHE (FN 1), 300 sowie BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 158.

¹²³ BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 157 f.

¹²⁴ MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 16 N 589 f.

Dieses Problem ist zwar erkannt, die Gefahr aber keineswegs gebannt. Während der Europäische Gesetzgeber die Frage der Haftung eher stiefmütterlich in einer Empfehlung behandelt und andere Massnahmen zum Aufbrechen des abgeschotteten Marktes bevorzugt, konzentriert sich der schweizerische Gesetzgeber auf die Haftung, geht aber halbherzig vor. Sicherlich ist es zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber vom Vorschlag einer starren Haftungsbegrenzung verabschiedet hat. Die als Ersatz vorgelegte Lösung der faktischen Abschaffung der differenzierten Solidarität erweist sich aber als 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, ist allein die Lösung einer Haftungshöchstsumme, die ein Vielfaches des Honorars der Revisionsstelle beträgt, ein geeignetes Mittel. Bei der Bemessung der Höchstsumme muss man allerdings auf die Gesamtsumme aller vom Unternehmen an die Revisionsgesellschaft und deren verbundenen Unternehmen gezahlten Honorare und sonstigen Dienstleistungen abstellen, um eine Umgehung wirksam zu verhindern. Die dazu notwendige gesetzliche Vorgabe über die Offenlegung solcher Zahlungen hat der Gesetzgeber mit Art. 961a Ziff. 2 E-OR bereits auf den Weg gebracht.

Jede Haftungsbegrenzung durch eine Höchstsumme 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. Insoweit ist die Analyse der EU, die sie in dem Grünbuch zur Abschlussprüfung vorgelegt hat, deutlich detaillierter. 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 angemessen.¹²⁵ Stimmiger wäre es allerdings, in

¹²⁵ Für BÖCKLI (FN 6), § 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. oben,

diesem Fall auf die solidarische Haftung der Revisionsstelle im Falle von Fahrlässigkeit ganz zu verzichten.¹²⁶

Da die Minder-Initiative sich als Sprengsatz zur Aktienrechtsrevision erwiesen hat, darf man gespannt sein, wann die vom Parlament sistierten Teile der Reform, zu denen auch die Frage der solidarischen Haftung der Revisionsstelle gehört, letztlich Gesetz werden. Der derzeitige gesetzgeberische Stillstand böte die Chance, die notwendige tatsächliche Analyse des Marktes für Prüfungen vorzunehmen, die Frage der solidarischen Haftung der Revisionsstelle zu überdenken und die hier vorgeschlagene Alternative in Erwägung zu ziehen.

FN 87. Dagegen halten BAHAR/TRIGO TRINDADE (FN 42), 156, das geltende Recht für ausreichend.

¹²⁶ Siehe oben, Text bei FN 25.