

Revisionsstelle und «Corporate Governance»

URS BERTSCHINGER

I.	Einführung.....	92
II.	Revisionsstelle – Anspruch und Wirklichkeit.....	92
1.	«Mädchen» für alle.....	92
2.	Ausweg aus der «Commodity»-Falle?.....	93
III.	Honorarabhängigkeit – Immanente Schwäche des Kontrollsystems.....	94
IV.	«Opting»-System und Minderheitenschutz.....	95
V.	Stärkere Einbindung der Revisionsstelle in die «Governance»	97
1.	Überschuldungsanzeige.....	97
2.	Prüfung der Existenz des internen Kontrollsystems	98
3.	Prüfung der Liquiditätsplanung.....	98
a)	Gesetzesentwürfe von 2007 und 2014	98
b)	Prüfung des Liquiditätsplans im System des Aktienrechts.....	99
c)	Verzicht auf eine Revisionsstelle («Opting-out»)	100
4.	Indirekte Regulierung des Verwaltungsrates	100
VI.	Revisionsstelle als Sekundärorgan und Neuordnung der Revisionshaftung	101
VII.	«Audit Judgement Rule» und «Key Audit Matters»	103
VIII.	«Audit Committee» – Stärkung der «Governance»	104
1.	«Verlängerter Arm» der Revisionsaufsichtsbehörde?	104
a)	Kontrolle der Kontrolleure – Auswirkungen auf den Prüfungsausschuss	105
b)	Selbstregulierung oder Gesetzgebung?	105
2.	Zusammensetzung des Prüfungsausschusses.....	106
3.	Aufgaben des Prüfungsausschusses.....	107
a)	Garant des Prüfungsumfeldes	107
b)	Beurteilung und Interaktion mit der Revisionsstelle	107
c)	Rotation der Revisionsstelle.....	108
IX.	Ausblick.....	109

I. Einführung

Von der simplen «Kontrollstelle»,¹ die als Erbsenzähler wahrgenommen wurde,² zur «Revisionsstelle» mit breiterem Aufgabenspektrum, die sich gegenüber dem Verwaltungsrat besser Gehör verschaffen kann;³ und von der Selbstregulierung zur Aufsicht durch eine staatliche Aufsichtsbehörde:⁴ Die Revisoren haben im privaten und öffentlichen Recht einen kontinuierlichen Regulierungsprozess durchlaufen, der sie zumindest «in the books» zu einer bedeutenden Kraft in der «Corporate Governance» werden liess.

Die Revisionsstelle amtiert bei der Legalitätsprüfung der Rechnungslegung einer Gesellschaft⁵ als Kontrolleurin der geschäftsführenden Organpersonen.⁶ Für die Verwaltungsräte, welche oftmals das faktische Übergewicht des Managements beklagen, stellt die externe Revisionsstelle auch ein Instrument in der Oberaufsicht über die Geschäftsführung⁷ dar. Damit sind die Prüfungsausschüsse angesprochen, denen eine «Scharnierfunktion» zwischen Revisionsstelle und Gesamtverwaltungsrat zukommt.⁸ Nur das reibungslose Zusammenspiel dieser Funktionen gewährleistet in der Aktiengesellschaft ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle.⁹ Unter diesem Blickwinkel sollen im Folgenden einige aktuelle Aspekte im Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung aufgegriffen werden.

II. Revisionsstelle – Anspruch und Wirklichkeit

1. «Mädchen» für alle

Die Eigner der Gesellschaft wählen ihre Gewährsleute in den Verwaltungsrat.¹⁰ Als Kontrollorgan erscheint die Revisionsstelle daher nicht als zwingend,¹¹ wenngleich den

¹ So die Bezeichnung des Prüforgans vor der Revision des Aktienrechts von 1991. Der vorliegende Beitrag wurde im Juni 2016 abgeschlossen.

² BGE 34 II 493, 501, wonach sich «die Aufgabe der Revisoren darauf (beschränkt), Bilanz und Rechnungen zu prüfen, und zwar ist mit dieser Prüfung eine solche *rein kalkulatorischer Natur* gemeint» (Hervorhebung durch den Verfasser).

³ Gemäss Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 844, wurde zum Teil die Auffassung vertreten, es handle sich beim Revisionsrecht «um das dringendste Revisionspostulat».

⁴ Art. 15 ff. RAG.

⁵ Art. 728a Abs. 1 OR; Art. 729a Abs. 1 OR.

⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR; Art. 958 Abs. 2 und 3 OR.

⁷ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

⁸ Dazu unter VIII.

⁹ Siehe dazu die Definition von «Corporate Governance» im «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» von economiesuisse, 6.

¹⁰ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

Aktionären nur ein beschränktes Einsichtsrecht zukommt.¹² Allerdings findet die Revisionsstelle im Credo «Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser» eine logische Grundlage. Sie wurde einst «als Organ der Generalversammlung, deren Auge sie darstellt», umschrieben.¹³ In kleinen Verhältnissen hat der Gesetzgeber die Abschlussprüfung mit der Möglichkeit zum «*Opting-out*» relativiert (Art. 727a Abs. 2 OR), sodass – aufgrund der erforderlichen Einstimmigkeit – die Privatautonomie der Aktionäre in den Vordergrund tritt.¹⁴

Soweit die Statuten nichts anderes vorsehen, werden die Mitglieder des Verwaltungsrates mit einfachem Beschlussquorum gewählt (Art. 703 OR). Die Revisionsstelle stellt daher einen markanten Ausdruck des *Minderheitenschutzes* dar.¹⁵ Unter dem Gesichtspunkt des *Gläubigerschutzes* entspricht die Revisionsstelle einem Korrelat zur fehlenden persönlichen Haftung der Aktionäre.¹⁶ Und letztlich geht es bei der Erfüllung der Prüfungsaufgaben auch um die Interessen der «Allgemeinheit».¹⁷ Gesetzgeber und Gerichte schreiben der Revisionsstelle eine «grundlegende Bedeutung als Element des rechtlichen Rahmens wirtschaftlicher Tätigkeit zu.»¹⁸ Die Revisionsstelle dient vielfältigen Interessen; sie ist entsprechend exponiert.

2. Ausweg aus der «Commodity»-Falle?

Revisoren kann in der Praxis eine gewisse Geringschätzung widerfahren; Revisionsdienstleistungen werden bisweilen als «*Commodity*» wahrgenommen. Der daraus resultierende Honorardruck auf die Revisionsstelle wird mit der Gefahr schleichender Qualitätsverluste in Verbindung gebracht.¹⁹ Einem Bedürfnis der Prüfkunden und Marktteilnehmer folgend haben die Revisoren den Wortlaut des Prüfungstestates standard-

¹¹ Siehe RETO EBERLE et al., Nutzen der Wirtschaftsprüfung, Studie für die Treuhand-Kammer, 12. Dezember 2014, 108, die auf die Regelung in den USA hinweisen, wonach – vorbehaltlich börsenkotierter Unternehmen – eine allgemeine Jahresabschlussprüfung gesetzlich nicht vorgeschrieben sei.

¹² Art. 697 OR.

¹³ HANS TÖNDURY, Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes, ZSR 1915 Neue Folge 34. Band, 482.

¹⁴ Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 19 OR; dazu auch unter IV.

¹⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BB1 2004 3989.

¹⁶ Art. 620 Abs. 2 OR; Botschaft Revisionsrecht (Fn. 15), 3976.

¹⁷ BGer 4C.13/1997 vom 19. Dezember 1997 (= Pra 87 (1998), Nr. 121), E. 4.a.

¹⁸ Botschaft Revisionsrecht (Fn. 15), 3976; siehe auch BGer 2C_163/2014 vom 15. Januar 2015, E. 4.2.

¹⁹ Siehe RAB-Tätigkeitsbericht 2010, 29; RAB-Tätigkeitsbericht 2014, 4.

isiert.²⁰ Damit haben sie der Differenzierung von Revisionsdienstleistungen unter den Wettbewerbern einen Bärendienst erwiesen. Jedenfalls vermochte das Credo «der Weg ist das Ziel» den Qualitätswettbewerb in der Abschlussprüfung nicht in gewünschtem Masse zu fördern.²¹

Revisionsstellen und Revisionsaufsichtsbehörde sind gefordert, eine hohe Qualität der Revisionsdienstleistungen zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 RAG). Die *Differenzierung in der Berichterstattung der Revisionsstelle*, wie sie aufgrund der Angaben zu den für die Prüfung bedeutsamen Sachverhalten («Key Audit Matters»)²² im Revisionsbericht an die Generalversammlung angestrebt wird,²³ ist ein Ausgangspunkt zur Überwindung der «Commodity»-Falle.

III. Honorarabhängigkeit – Immanente Schwäche des Kontrollsystems

Die Revisionsstelle hängt am Tropf der Gesellschaft. Da das Geld bekanntlich die Welt regiert, dürfte die Honorierung durch die Auftrag gebende Gesellschaft den Revisor in seinem Verhalten nicht gänzlich unbeeinflusst lassen. Es besteht eine *systemimmanente Abhängigkeit* der Revisionsstelle von der Prüfkundin. Auf dieser Grundlage wurde das Unabhängigkeitsregime in den vergangenen Jahren in Gesetz²⁴ und nachgelagerter Regulierung²⁵ stetig ausgebaut, um die Unabhängigkeit der Revisionsstelle möglichst gut zu schützen. Dass die kritische Grundhaltung von Prüfern durch die Revisionsaufsichtsbehörde regelmässig bemängelt wird,²⁶ lässt sich letztlich auf diese Systemarchitektur zurückführen. Die strategischen Ziele 2016 – 2019 der Revisionsaufsichtsbehörde legen denn auch ein besonderes Augenmerk auf die erforderliche kritische Grundhaltung der Prüfer.²⁷

²⁰ Siehe Schweizer Prüfungsstandards (PS), Ausgabe 2013, PS 701 Ordentliche Revision: Bildung eines Prüfungsurteils und Erteilung eines Vermerks zum Abschluss.

²¹ Siehe RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 23, wo die Revisionsaufsichtsbehörde den Qualitätswettbewerb statt des Wettbewerbs «ausschliesslich über den Preis von Revisionsdienstleistungen» betont.

²² Gemäss KPMG Audit Committee Institute, News Ausgabe 51 / Q4 2015, 22, handelt es sich bei den «Key Audit Matters» um «those matters that keep the auditor awake at night».

²³ Siehe RAB-Rundschreiben I/2015; dazu auch unter VII.

²⁴ Art. 728 OR und Art. 729 OR.

²⁵ Siehe etwa RAB-Rundschreiben I/2010 über die Berichterstattung der staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen an die Aufsichtsbehörde, Rz. 22 lit. b, zum Verhältnis von Revisionshonoraren und Honoraren für weitere Dienstleistungen.

²⁶ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 12; RAB-Tätigkeitsbericht 2013, 19; RAB-Tätigkeitsbericht 2012, 4.

²⁷ Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde, Strategische Ziele 2016 – 2019, Stand: 15. Oktober 2015.

Ein probates Mittel, welches bei der Honorarabhängigkeit der Revisionsstelle Abhilfe schafft, ist nicht in Sicht. Im Bereich der finanzmarktrechtlichen Prüfgesellschaften hat der Internationale Währungsfonds im Hinblick auf die Stärkung der Unabhängigkeit der Schweiz empfohlen, diese Dienstleister nicht mehr von den Finanzintermediären, sondern aus einem Honorarpool der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) zu entschädigen.²⁸ Der Bundesrat will von dieser Idee allerdings nichts wissen.²⁹ Was für die bewilligungspflichtigen Finanzinstitute recht ist, ist allemal für die nicht der FINMA unterstellten Gesellschaften billig. In der Aktiengesellschaft unterliegt die Honorierung der Revisionsstelle dem «Say on Pay» der Aktionäre, da die Wahlkompetenz der Generalversammlung die Vergütungskompetenz einschliesst.³⁰ Bemerkenswert ist, dass bei den Investoren und Stimmrechtsberatern – abgesehen von den Honoraren für Zusatzaufträge der Revisionsstelle³¹ – die Entwicklung der Revisionshonorare kaum auf Interesse stösst. Berücksichtigung findet eine wesentliche Änderung der Revisionshonorare bei der Auswahl der zu überprüfenden Revisionsmandate (*«File Review»*) durch die Revisionsaufsichtsbehörde.³²

IV. «Opting»-System und Minderheitenschutz

Die Ausrichtung des Revisionsrechts an der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Gesellschaften³³ führt für kleine Verhältnisse zwangsläufig zur Möglichkeit des *«Opting-out»* (Art. 727a Abs. 2 OR). Da die Zustimmung sämtlicher Aktionäre verlangt wird, entspricht die eingeschränkte Revision einem Individualrecht des Aktionärs. Gemäss Art. 727 Abs. 2 OR muss eine ordentliche Revision vorgenommen werden, wenn es Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangen (*«Opting-up»*). Die ordentliche Revision ist ein qualifiziertes Minderheitsrecht.

Sofern die Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichten, hat jeder Aktionär das Recht, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Generalversammlung muss sodann die Revisionsstelle wählen (Art. 727a Abs. 4 OR). Bei der zehntägigen Frist zur Benachrichtigung der Gesellschaft ist der Tag der Generalversammlung und der Tag der Übermittlung des

²⁸ Dazu URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2014 bis ins vierte Quartal 2015, SZW 87 (2015), 631 f.

²⁹ Bundesrat, Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, 18. Dezember 2014, 15 f.

³⁰ Dazu schon eingehender URS BERTSCHINGER, Honorardruck und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, AJP 22 (2013), 27.

³¹ Siehe Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

³² RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 10.

³³ Siehe insbesondere Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

Begehrens nicht mitzuzählen,³⁴ sodass dem Verwaltungsrat effektiv zehn Tage für die Suche einer Revisionsstelle bleiben, die im Falle der Wahl durch die Generalversammlung das Revisionsstellenmandat übernimmt.

Für die Ausübung des Rechts auf eine ordentliche Revision (Art. 727 Abs. 2 OR) findet sich in der Lehre die Auffassung, dass ein Aktionärsantrag analog zu Art. 727a Abs. 4 Satz 2 OR bis spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung möglich ist.³⁵ Ob sich dieses qualifizierte Minderheitsrecht aufgrund des Individualrechts auf eine eingeschränkte Revision beschneiden lässt, ist fraglich. Art. 700 Abs. 3 OR zählt die Wahl einer Revisionsstelle infolge des Begehrens eines Aktionärs zu den nicht traktandierungspflichtigen Verhandlungsgegenständen. Der Wortlaut des Gesetzes suggeriert, dass sich das Minderheitsrecht gemäss Art. 727 Abs. 2 OR auch direkt in der Generalversammlung ausüben lässt.³⁶ Dazu kann insbesondere Anlass bestehen, wenn – nach der historischen Absicht des Gesetzgebers – die Generalversammlung als gesellschaftsrechtliche Einrichtung zur Informationsvermittlung und -verarbeitung verstanden wird,³⁷ was in kleineren Verhältnissen nach wie vor zutrifft. Wird das Recht auf eine ordentliche Revision in der Generalversammlung ausgeübt, kommt es zur Wahl einer Revisionsstelle ohne vorgängige Annahmeerklärung. Falls der Abschluss des Mandatsvertrags mit dieser Revisionsstelle aus irgendeinem Grund nicht gelingt, ist die Revisionsstelle in einer weiteren Generalversammlung zu wählen.

Das «Opting-up» in die ordentliche Revision gemäss Art. 727 Abs. 2 OR war schon im Entwurf des Bundesrates vorgesehen ebenso wie das «Opting-out» gemäss Art. 727a Abs. 2 OR. Die Botschaft erachtet diese Regelung als Gesamtkonzept.³⁸ Der geltende Art. 727a Abs. 4 OR und die Wahl der Revisionsstelle auf das Begehren eines Aktio-

³⁴ Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR analog; ebenso für die Berechnung der Einberufungsfrist für die Generalversammlung DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 4 f. zu Art. 700.

³⁵ PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung, Zürich 2007, N 114; REINHARD OERTLI/ROLF HÄNNI, in: Amstutz et al. (Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 24 zu Art. 727-727a OR.

³⁶ Ebenso DANIEL HUSER/RETO SANWALD, Die Revision, Schweizerisches Privatrecht VIII/10, Basel 2014, § 5 N 106; MARTIN PEYER, Das interne Kontrollsystem als Aufgabe des Verwaltungsrats und der Kontrollstelle, Diss. St. Gallen, Zürich 2009, 50 f.; siehe auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 15 N 114. Die Auffassung von CHK-OERTLI/HÄNNI (Fn. 35), N 24 zu Art. 727-727a OR, wonach der Aktionär im Falle der Nichteinhaltung der zehntägigen Frist vor der Generalversammlung die Zusatzkosten der Gesellschaft tragen müsse, findet keine rechtliche Stütze.

³⁷ Siehe URS BERTSCHINGER, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, 178.

³⁸ Botschaft Revisionsrecht (Fn. 15), 3993: «Korrespondierend zur Möglichkeit eines Opting-out für Kleinunternehmen wird also zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen auch eine Opting-up-Regelung vorgesehen.»

närs in Art. 700 Abs. 3 OR kamen erst im Verlaufe des parlamentarischen Prozesses ins Gesetz.³⁹ Die historische Perspektive lässt ebenfalls keinen Raum, das «Opting-up» in die ordentliche Revision (Art. 727 Abs. 2 OR) im Sinne von Art. 727a Abs. 4 OR fristgebunden zu verstehen.⁴⁰

Vorbehältlich eines Missbrauchs⁴¹ lässt sich das «Opting-up» zur ordentlichen Revision der Jahresrechnung für das bereits abgelaufene Geschäftsjahr richtigerweise bis an der Generalversammlung ausüben, die über diese Jahresrechnung beschliessen wollte.⁴² Da sich Art. 727 Abs. 2 OR bloss in kleineren und mittleren Verhältnissen manifestiert, dürfte die Ad hoc-Wahl einer Revisionsstelle kaum zu problematischen Situationen führen. Gegen den Anlegerschutz durch die Revisionsstelle dürfen Barrieren, wie die analoge Anwendung der Meldefrist gemäss Art. 727a Abs. 4 OR, nicht leichthin errichtet werden.

V. Stärkere Einbindung der Revisionsstelle in die «Governance»

1. Überschuldungsanzeige

In der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde die Benachrichtigung des Gerichts bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft und Untätigkeit des Verwaltungsrats zur Pflicht des Revisors. Die Ersatzvornahme der Revisionsstelle soll Konkursverschleppungen durch den Verwaltungsrat verhindern.⁴³ Der Revisionsstelle wurde damit eine heikle Geschäftsführungshandlung auferlegt. Die Botschaft von 1983 hält denn auch fest, dass die «Revisionsstelle nicht darum herumkommen [wird], die Wirksamkeit von Sanierungsmassnahmen und die Gültigkeit von Rangrücktrittsvereinbarungen zu prüfen.»⁴⁴ Das Bundesgericht hat die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle bereits als «systemwidrige Aufgabe» bezeichnet.⁴⁵ Misstrauen gegenüber den ge-

³⁹ Siehe Amtliches Bulletin 2005 Nationalrat, 1256-1258 und 1261.

⁴⁰ Siehe auch BSK OR II-MAIZAR/WATTER (Fn. 34), N 61 f. zu Art. 727.

⁴¹ Art. 2 Abs. 2 ZGB.

⁴² Nach einer vermittelnden Position erscheint eine möglichst frühzeitige Information an den Verwaltungsrat als angezeigt, selbst wenn dadurch die 10-Tagesfrist gemäss Art. 727a Abs. 4 OR nicht mehr gewahrt wird. Im Sinne der schonenden Rechtsausübung sollte dem Verwaltungsrat ein möglichst grosser zeitlicher Spielraum für Dispositionen, insbesondere für Abklärungen mit einer Revisionsstelle, verbleiben.

⁴³ Botschaft Aktienrechtsrevision 1983 (Fn. 3), 932.

⁴⁴ Botschaft Aktienrechtsrevision 1983 (Fn. 3), 932.

⁴⁵ So BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, E. 1.b, zur Anzeigepflicht der Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung. In E. 1.a hält das Gericht zudem fest, dass diese Anzeigepflicht der Revisionsstelle «für deren grundsätzlich nicht auf Führungsaufgaben, sondern auf nachträgliche Kontrolle ausgerichtete Funktion untypisch» sei.

schäftsführenden Organpersonen hat den Gesetzgeber veranlasst, die Revisionsstelle in der Unternehmenskrise quasi als «Ober-Oberleitungsorgan»⁴⁶ zu etablieren.

2. Prüfung der Existenz des internen Kontrollsystems

Anfang 2008 wurde bei der ordentlichen Revision der Prüfauftrag ergänzt. Die Revisionsstelle muss seither auch prüfen, ob ein internes Kontrollsystem (IKS) existiert.⁴⁷ Im Spannungsverhältnis zwischen Existenz und Wirksamkeit des IKS kam es – unter dem Eindruck von «Section 404» des amerikanischen «Sarbanes Oxley Act»⁴⁸ – zunächst zu spannungsgeladenen Diskussionen zwischen Vertretern der Revisionsbranche und Emittenten. Diese Aufregung hat sich längst gelegt. Geblieben ist der teilweise weitgehende Schweizer Prüfungsstandard (PS) 890 zur Prüfung der Existenz des IKS, der auch «Walk-through»-Tests (sog. Wurzelstichproben) vorsieht. Der Prüfungsstandard beschreibt dieses Verfahren als «eine effiziente Prüfungshandlung» zum Nachweis der Existenz des IKS. Dabei wird ein einzelner Geschäftsvorfall von Anfang bis zum Ende nachvollzogen und die Dokumentation zu den Schlüsselkontrollen geprüft.⁴⁹ Da «Walk-through»-Tests unmöglich sämtliche Geschäftsvorfälle erfassen können, unterliegt die Revisionsstelle einem Auswahlrisiko. Schadenstiftende Vorkommnisse dürften in der Regel auf eine IKS-Schwäche zurückzuführen sein.⁵⁰ Wenngleich sich eine strikte Ex-ante-Betrachtung aufdrängt, können sich für die Revisionsstelle *ex post* Haftungsrisiken ergeben.

3. Prüfung der Liquiditätsplanung

a) Gesetzesentwürfe von 2007 und 2014

Schon im ersten Anlauf zur laufenden Aktienrechtsrevision wurde die Bedeutung der Liquidität für das Überleben der Gesellschaft thematisiert. Der Vorschlag in der Botschaft von 2007 war noch vergleichsweise einfach gestrickt.⁵¹ Im Falle begründeter Besorgnis, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, sollte der Verwaltungsrat unverzüglich einen Liquiditätsplan erstellen und ihn durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen. Im Einklang mit dem «Going concern»-Kriterium musste sich der Liquiditäts-

⁴⁶ Siehe zur Oberleitung durch den Verwaltungsrat Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁴⁷ Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁴⁸ Diese «Section» handelt vom «Management Assessment of Internal Controls». Die ursprünglichen Erkenntnisse nach Inkrafttreten des «Sarbanes Oxley Act» deuteten aufgrund der Prüfung des IKS auf einen erheblichen Kostenschub bei der Revision.

⁴⁹ Schweizer Prüfungsstandards (PS), Ausgabe 2013, PS 890, Rz. 18.

⁵⁰ Siehe dazu ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei URS BERTSCHINGER, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, ZSR 124 (2005), 596 f.

⁵¹ Art. 725a E-OR (2007); siehe BBl 2008 1785.

tätsplan auf die zu erwartenden Ein- und Auszahlungen der nächsten zwölf Monate beziehen.

Der Vorentwurf vom November 2014 sieht in Art. 725 VE-OR die Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans vor, sofern begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird. Der Verwaltungsrat soll positiv-rechtlich dazu verpflichtet sein, die Liquiditätssituation der Gesellschaft stärker vorausschauend im Auge zu behalten. Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan, dass keine Zahlungsunfähigkeit droht, muss der Verwaltungsrat den Liquiditätsplan einem zugelassenen Revisor vorlegen. Dieser prüft den Liquiditätsplan auf seine Plausibilität und erstattet dem Verwaltungsrat Bericht (Art. 725 Abs. 3 VE-OR). Droht Zahlungsunfähigkeit oder bestätigt der Revisor die Plausibilität des Liquiditätsplans nicht, muss der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen (Art. 725 Abs. 4 VE-OR).

b) Prüfung des Liquiditätsplans im System des Aktienrechts

Der Vorentwurf von 2014 diktiert dem Verwaltungsrat zu einem früheren Zeitpunkt ins Pflichtenheft als der Gesetzesentwurf von 2007. Damit findet ein steigendes Misstrauen gegenüber den Verwaltungsräten Ausdruck. Folglich tritt auch der Revisor früher auf den Plan, was ihn noch stärker an den Dunstkreis der Geschäftsführung heranführt. Das Paritätsprinzip, welches die Kompetenzen der Revisionsstelle von den Kompetenzen der anderen Gesellschaftsorgane – Verwaltungsrat und Generalversammlung – abgrenzt,⁵² schliesst eine Überprüfung von Geschäftsführungsentscheiden durch die Revisionsstelle aus. Der Gehalt von Art. 728a Abs. 3 OR und Art. 729a Abs. 3 OR erstreckt sich auch auf die Prüfung eines Liquiditätsplans.⁵³ Ebenso wie die Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle⁵⁴ bildet die Prüfung des Liquiditätsplans eine «systemwidrige Aufgabe».

Der Revisor wird bei der Prüfung des Liquiditätsplans nicht zum faktischen Manager. Es wird vom Prüfer nicht verlangt, sein Ermessen über dasjenige der geschäftsführenden Organpersonen zu stellen. Gemäss Begleitbericht zum Vorentwurf muss ein Liquiditätsplan an der Plausibilitätsprüfung scheitern, sofern er «unter allzu optimistischen Annahmen des Verwaltungsrats die Abwendung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

⁵² URS BERTSCHINGER, in: Watter/Bertschinger (Hrsg.), Basler Kommentar, Revisionsrecht, Basel 2011, N 49 zu Art. 755 OR; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 6 N 125.

⁵³ PETER BÖCKLI, Der «aktuelle Liquiditätsplan» des Vorentwurfs – Ein neuer Fokus für Verwaltungsrat und Revisor in einer drohenden Finanznotlage, SZW 87 (2015), 502, befürchtet, dass die Plausibilitätsprüfung des Liquiditätsplans den Ausschluss des Revisors von der Geschäftsführungsprüfung verletzt.

⁵⁴ Siehe vorne unter V.1.

vorsieht»⁵⁵. Allerdings muss übertriebener Optimismus des Verwaltungsrates dem Revisor geradezu ins Auge springen und damit *offensichtlich* sein. Diese Messlatte, welche der Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle von Gesetzes wegen zugrunde liegt,⁵⁶ drängt sich ebenso bei der Prüfung des Liquiditätsplans auf, da es in beiden Fällen um die oftmals heikle Beurteilung einer finanziellen Krisensituation durch die Revisionsstelle geht.

c) Verzicht auf eine Revisionsstelle («Opting-out»)

Mangelt es einer Gesellschaft aufgrund eines «*Opting-out*»⁵⁷ an einer Revisionsstelle, entspricht die Prüfung des Liquiditätsplans einem «Kaltstart». Der Zeitdruck lässt eine seriöse Einarbeitung des Revisors in das Unternehmen und dessen Marktumfeld kaum zu. Wenngleich die Komplexität der Verhältnisse bei maximal zehn Vollzeitstellen naturgemäss begrenzt sein dürfte, erfolgt die Plausibilitätsprüfung des Liquiditätsplans durch den Ad hoc-Revisor unter speziellen, von den Aktionären mit dem «Opting-out» geschaffenen Voraussetzungen. Der «Assurance Level» dieser Plausibilitätsprüfung ist zwangsläufig geringer.

4. Indirekte Regulierung des Verwaltungsrates

Neue Aufgaben der Revisionsstelle strahlen auch auf den Verwaltungsrat aus: Die gesetzliche Pflicht zur Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung⁵⁸ schaffte für den Verwaltungsrat zusätzlichen Handlungsdruck in der finanziellen Krise der Gesellschaft. Die Prüfung der Existenz des IKS⁵⁹ hat da und dort die Organisationspflicht des Verwaltungsrates im Bereich der unternehmensinternen Kontrolle⁶⁰ vollständig zur Entfaltung gebracht. Und die Pflicht zur Prüfung eines Liquiditätsplans⁶¹ wird – falls sie dereinst im geltenden Recht verankert ist – der Pflicht des Verwaltungsrates zur Finanzplanung und -kontrolle⁶² ein höheres Profil verleihen. Aus Sicht der Prüfer kann die zunehmend engere Verzahnung der Verhaltenspflichten von Verwaltungsrat und Revisionsstelle im Zivil- und Aufsichtsrecht⁶³ den Keim für Verantwortlichkeitsrisiken der Revisionsstelle für Managementfehler legen.

⁵⁵ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, 139, zu Art. 725 VE-OR.

⁵⁶ Art. 728c Abs. 3 OR; Art. 729c OR.

⁵⁷ Art. 727a Abs. 2 OR.

⁵⁸ Dazu vorne unter V.1.

⁵⁹ Dazu vorne unter V.2.

⁶⁰ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁶¹ Dazu vorne unter V.3.

⁶² Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁶³ Art. 755 OR sowie für die Einhaltung des Revisionsrechts als Bewilligungsvoraussetzung BSK Revisionsrecht-BERTSCHINGER (Fn. 52), N 4 zu Art. 4 RAG.

VI. Revisionsstelle als Sekundärorgan und Neuordnung der Revisionshaftung

Aufgrund der Kontrollfunktion hat das Bundesgericht die Revisionsstelle als Sekundärorgan der Gesellschaft identifiziert. Begründet wird dies auch damit, dass eine unsorgfältige Revisionsstelle lediglich für den Fortsetzungsschaden haftet, da der Schadenskeim durch die Geschäftsführung gesetzt wird.⁶⁴ Der Revisor ist in erheblichem Masse mit dem Verstehen und kritischen Beurteilen von Entscheidungen des Managements seines Prüfkunden befasst. Diese Nähe zur Geschäftsführung schafft Raum für latente Haftungsrisiken des Abschlussprüfers.

Um den Revisor nicht automatisch dem Haftungsstrudel von Managementfehlern auszusetzen, wurde die Revisionshaftung im Zuge der Aktienrechtsrevision von 1991 in Art. 755 OR verselbständigt.⁶⁵ Mit der Streitverkündungsklage (Art. 81/82 ZPO) kann das schadenstiftende Verhalten verschiedener Protagonisten einem einzigen Gericht zur Beurteilung vorgelegt werden.⁶⁶ Und weil die differenzierte Solidarität,⁶⁷ insbesondere hinsichtlich der Revisionsstelle, nicht die erwünschten Ergebnisse gebracht hat, soll in der laufenden Aktienrechtsrevision die «Governance» der Gesellschaft in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit angemessener abgebildet werden.

Gemäss Art. 759 Abs. 2 VE-OR (2014) haften Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, bloss bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten. Dieselbe Regelung findet sich bereits im Entwurf von 2007.⁶⁸ Der Gesetzesentwurf von 1983 enthielt eine ähnliche Regelung,⁶⁹ die später verworfen wurde.

⁶⁴ BGer 4C.118/2005 vom 8. August 2005, E. 4.3: «[...] l'organe de révision a une position atypique dans la société anonyme, car d'une part il s'agit d'un organe secondaire, qui intervient de manière sporadique et généralement après coup, et, d'autre part, il n'est en principe pas l'auteur unique du préjudice, qui découle avant tout du comportement des organes exécutifs»; BGE 129 III 129, E. 8.

⁶⁵ Zuvor war die Haftung der Kontrollstelle (nun Revisionsstelle) zusammen mit der Geschäftsführungshaftung in Art. 754 altOR geregelt.

⁶⁶ Siehe URS BERTSCHINGER, Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: FS Schwander, Zürich 2011, 820 ff.

⁶⁷ Art. 759 Abs. 1 OR.

⁶⁸ Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR (2007).

⁶⁹ Botschaft Aktienrechtsrevision 1983 (Fn. 3), 992, Art. 759 Abs. 2 E-OR: «Wer der Revisionshaftung untersteht und für einen fahrlässig mitverursachten Schaden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet bis zu dem Betrag, für den er zufolge Rückgriffs aufkommen müsste.» Auf Seite 938 hält die Botschaft fest, dass die Revisoren dadurch «nicht begünstigt, sondern von den Auswirkungen einer für sie in der Wirkung unerträglichen Bundesgerichtspraxis entlastet» werden. Wenngleich sich diese Ausführungen auf einen Zeitraum beziehen, in welchem die Kon-

Die Neuordnung der Revisionshaftung hat den Ständerat im Juni 2009 diskussionslos passiert.⁷⁰ Damals entstand der Eindruck, dass diese Regelung unbestritten sei. In der Vernehmlassung zum Vorentwurf vom November 2014 wurde wieder Diskussionsbedarf angemeldet.⁷¹ Kritische Stimmen wollen entweder Haftungserleichterungen für sämtliche Organpersonen,⁷² also auch für Verwaltungsräte, oder monieren die mangelnde Einbettung der erwähnten Neuregelung zugunsten der Revisoren ins prozessuale Umfeld. Dazu wird vorgetragen, dass aufgrund des sog. «virtuellen» Regresses auf die Revisoren durch die primär haftbaren Personen mit Geschäftsführungsfunktion das Verhalten dieser Personen in die gerichtliche Beurteilung einflüsse, wenngleich sie am Prozess nicht teilnehmen.⁷³

Die vorgeschlagene Haftungsregelung zugunsten der Revisionsstelle entspricht ihrer Stellung als Sekundärorgan. Die primäre Haftung der Verwaltungsräte rechtfertigt sich hingegen dadurch, dass sie die Mittel zur wirksamen Kontrolle der Geschäftsführung mobilisieren können,⁷⁴ was für die Revisoren nicht zutrifft. Bei der Umsetzung von Art. 759 Abs. 2 VE-OR (2014) im Prozess geht es darum, aufgrund von glaubhaften Ausführungen einer allein eingeklagten Revisionsstelle ihre sekundäre Stellung in der «Governance»⁷⁵ im Verantwortlichkeitsrecht zu reflektieren. Für die Revisionsstelle ist das Ergebnis des Erstprozesses nicht in jedem Fall definitiv, da das Gericht den Rückgriff unter mehreren Beteiligten in Würdigung aller Umstände bestimmt.⁷⁶ Der «virtuelle» Regress unterliegt also dem Härte-test des tatsächlichen Regressprozesses, falls geschäftsführende Organpersonen für den Schaden eingeklagt werden, der nicht zufolge Rückgriffs auf die Revisionsstelle entfällt, und Verwaltungsräte oder Geschäftsleitungsmitglieder eine andere Schadensallokation anstreben.

Da die differenzierte Solidarität des geltenden Art. 759 Abs. 1 OR die persönliche Zurechenbarkeit an das eigene Verschulden und die Umstände knüpft, wären die Gerichte

trollstelle unter Art. 754 altOR (1936) der vollen Solidarität mit den geschäftsführenden Organpersonen unterlag, bleibt diese Einschätzung auch unter geltendem Recht massgeblich.

⁷⁰ Siehe URS BERTSCHINGER, *Berichterstattung zum Handels- und Gesellschaftsrecht 2007–2009*, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis* 2009, Bern 2009, 589.

⁷¹ Siehe auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, *Schweizer Aktienrecht 2020*, Zum Stand der schweizerischen Aktienrechtsreform, *Expert Focus* 2016, 96.

⁷² Vorgeschlagen wird – ähnlich wie in den Vernehmlassungen zum Vorentwurf von 2005 – zum Beispiel ein Vielfaches des jeweils bezogenen Honorars, und zwar für alle potenziell Verantwortlichen, nicht bloss für die Revisionsstelle, der generelle Ausschluss leichter Fahrlässigkeit, die Einführung eines maximalen Haftungsbetrags mit relativer Bemessungsgrundlage oder die Möglichkeit vertraglicher Haftungsbegrenzung mit Offenlegung im Handelsregister oder Geschäftsbericht.

⁷³ Siehe dazu BERTSCHINGER (Fn. 66), 832 f.

⁷⁴ Siehe Art. 716a Abs. 1 OR.

⁷⁵ Siehe dazu VI. am Anfang.

⁷⁶ Art. 759 Abs. 4 VE-OR (2014).

in der Lage, die sekundäre Stellung der Revisionsstelle in der «Governance» schon unter dem geltenden Verantwortlichkeitsrecht zum Tragen zu bringen. Die Würde des Verwaltungsratsmandates spiegelt sich zwangsläufig in der Bürde der primären Verantwortung.

VII. «Audit Judgement Rule» und «Key Audit Matters»

Das Bundesgericht hat im Rahmen der Geschäftsführungshaftung wiederholt darauf hingewiesen, dass «die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben», sofern sie «in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind».⁷⁷ Abschlussprüfung ist nicht blosses Nachrechnen, sondern oftmals mit Wertungen in Ermessensspielräumen verbunden.⁷⁸ Das sorgfältige «*Audit Judgement*» muss daher – ähnlich wie das «*Business Judgement*» der geschäftsführenden Organpersonen – geschützt sein, sofern die Revisionsstelle über die erforderliche Zulassung verfügt, die Vorschriften zur Unabhängigkeit eingehalten sind, unter Anwendung anerkannter Methoden korrekt vorgegangen wurde, angemessene Informationen zur Verfügung standen und eine faire Berichterstattung an den Verwaltungsrat und die Generalversammlung erfolgte.⁷⁹

Für den Schutz des «*Business Judgement*» wurde schon eine «ernsthafte Entscheidungsfindung» vorausgesetzt,⁸⁰ was ohne ausreichende Dokumentation undenkbar ist. Auch für den Prüfer ist das Bauchgefühl keine tragfähige Entscheidungsgrundlage,⁸¹ sondern bloss ein zusätzlicher Referenzpunkt. Das Fehlen einer Dokumentation oder Dokumentationsdefizite können – abgesehen von aufsichtsrechtlichen Konsequenzen – das vernünftige «*Audit Judgement*» in Frage stellen und die Verantwortlichkeitsrisiken für die Revisionsstelle tendenziell erhöhen.

Mit dem Rundschreiben 1/2015 vom 21. Dezember 2015 hat die Revisionsaufsichtsbehörde aufgrund von Art. 728b Abs. 2 Ziff. 1 OR bei Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere oder Anleihen an einer Börse kotiert sind, die Umsetzung des «*Internati-*

⁷⁷ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.1 und E. 7.2.4.

⁷⁸ Siehe Schweizer Prüfungsstandards (PS), Ausgabe 2013, PS 315 Beurteilung der Risiken und Verstehen der Einheit, Rz. 11 ff.; EXPERTsuisse/Treuhand|Suisse, Schweizer Standard zur eingeschränkten Revision (SER), Ausgabe 2015, Ziff. 3, 14 f., zur Risikobeurteilung.

⁷⁹ Siehe VON DER CRONE (Fn. 52), § 12 N 80; DERS., Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 11 ff.; BSK Revisionsrecht-BERTSCHINGER (Fn. 52), N 80 zu Art. 755 OR.

⁸⁰ Siehe BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.1.

⁸¹ Dazu URS BERTSCHINGER, Führung und Verantwortung in der Aktiengesellschaft, in: Luterbacher (Hrsg.), Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht, Band 1, Zürich 2012, 8 f.

onal Standard on Auditing (ISA) 701 – Communicating Key Audit Matters in the Independent Auditor's Report»⁸² geregelt, bis ISA 701 in die Schweizer Prüfungsstandards (PS) überführt ist. Das Rundschreiben 1/2015 trat am 21. Dezember 2016 in Kraft und findet Anwendung auf die Prüfung von Jahres- und Konzernrechnungen für Geschäftsjahre, die nach diesem Zeitpunkt enden. Dieser Standard dürfte der Verdeutlichung des «Audit Judgement» dienen.⁸³ Es liegt daher im Interesse der Revisionsunternehmen, die «Key Audit Matters» der Generalversammlung möglichst spezifisch, also nicht standardisiert zu kommunizieren.⁸⁴

VIII. «Audit Committee» – Stärkung der «Governance»

1. «Verlängerter Arm» der Revisionsaufsichtsbehörde?

Der Prüfungs- bzw. Revisionsausschuss des Verwaltungsrates bildet das Bindeglied zwischen der Revisionsstelle einerseits und dem Gesamtverwaltungsrat sowie der Geschäftsleitung anderseits.⁸⁵ Die Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) erklärte schon mehrfach, dass der Prüfungsausschuss «ähnlich wie die RAB die Qualität der Arbeit der Revisionsstelle zu beurteilen und kritisch zu hinterfragen [hat]. Aufgrund dieser ähnlich gelagerten Interessen hat die RAB den Kontakt zu Prüfungsausschüssen in den letzten zwei Jahren intensiviert»⁸⁶. In diesem Zusammenhang werden Interviews mit dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses von Gesellschaften des öffentlichen Inte-

⁸² Siehe <www.iaasb.org>.

⁸³ Unter geltendem Recht dürfte die Offenlegung bedeutsamer Sachverhalte in der Abschlussprüfung gegenüber der Generalversammlung bisweilen Anlass zu Diskussionen geben (Art. 730b Abs. 2 OR).

⁸⁴ Siehe dazu ISA 701 A44; Finanz und Wirtschaft, Der Revisionsbericht wird spannend, 23. April 2016, 16, wonach aufgrund der «Key Audit Matters» eine «wertvolle Auseinandersetzung mit den Unternehmensrisiken angestossen werden [kann]»; CHRISTOPH DOLENSKY, ISA 700 (Revised) und ISA 701, Expert Focus 2015, 919, wenn auch aus Sicht des Berichtsadressaten. Der PCAOB Release No. 2016-003 vom 11. Mai 2016, «Proposed Auditing Standard – The Auditor's Report on an Audit of Financial Statements when the Auditor Expresses an Unqualified Opinion» (<www.pcaobus.org>), schlägt unter anderem vor, dass sämtliche sog. «critical audit matters», die dem Audit Committee gemeldet werden bzw. gemeldet werden müssen, im Prüfbericht für «investors and other financial statement users» offenzulegen sind.

⁸⁵ THIERRY AUBERTIN/CHRISTINE CSIBI, Sind die Audit Committees bereit?, Handelszeitung vom 11. Februar 2016, 45; CHRISTIAN OFFENHAMMER, Das Audit Committee in der Schweiz, Empirische Erkenntnisse im Rahmen einer effektiven Corporate Governance, Diss. St. Gallen/Wiesbaden 2012, 162 ff.

⁸⁶ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 22; siehe schon RAB-Tätigkeitsbericht 2012, 22; RAB-Tätigkeitsbericht 2014, 4 und 27. Die Revisionsaufsichtsbehörde hat auf ihrer «Website» im Abschnitt «Aufsicht» für die «Audit Committees» eine eigene Unterseite eingerichtet: <<https://www.rab-asr.ch/de/aufsicht/informationen-an-audit-committees-de.html>>. Dort findet sich auch ein internationaler Rechtsvergleich.

resses⁸⁷ erwähnt, die im Rahmen von Überprüfungen staatlich beaufsichtigter Revisionsunternehmen erfolgen. Zeigen sich hier Bestrebungen, den Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates als «verlängerten Arm»⁸⁸ der Revisionsaufsichtsbehörde zu etablieren?

a) Kontrolle der Kontrolleure – Auswirkungen auf den Prüfungsausschuss

Das Revisionsaufsichtsgesetz dient der ordnungsgemässen Erfüllung und der Sicherstellung der Qualität von Revisionsdienstleistungen (Art. 1 Abs. 2 RAG). Bei der Überprüfung der staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen hat die Revisionsaufsichtsbehörde im Rahmen der «File Review» die Möglichkeit und je nach den konkreten Umständen die Pflicht, ihre Beurteilung des Prüfungsausschusses einer geprüften Gesellschaft in den Bericht an das oberste Leitungsorgan des Revisionsunternehmens einfließen zu lassen (Art. 16 Abs. 3 RAG). Stellt die Revisionsaufsichtsbehörde im Rahmen einer «File Review» zum Beispiel ein stark gesunkenes Revisionshonorar fest, ohne dass sich dafür unter dem Gesichtspunkt des Revisionsaufwandes eine plausible Erklärung ergibt,⁸⁹ kann sich eine Bemerkung zur Angemessenheit des Revisionshonorars aufdrängen, die den Bogen zum Prüfungsausschuss spannt.

Die Sorgfaltspflicht der Mitglieder des Prüfungsausschusses (Art. 717 Abs. 1 OR) verlangt, im «Engagement Letter» mit der Revisionsstelle die Offenlegung der Inspektionsergebnisse der Revisionsaufsichtsbehörde zu vereinbaren.⁹⁰ Damit erhält der Prüfungsausschuss Kenntnis von einer Einschätzung durch die Revisionsaufsichtsbehörde. Hier zeigt sich ein weiterer Reflex des Revisionsrechts auf den Verwaltungsrat.⁹¹

b) Selbstregulierung oder Gesetzgebung?

Die Revisionsaufsichtsbehörde hat in einem «*Audit Committee Guide*» die wesentlichen Verhaltenspflichten von Prüfungsausschüssen zusammengestellt. Darin findet sich ein Katalog von Fragen an die Revisionsstelle, der neben Massnahmen zur Qualitätssicherung und Unabhängigkeit verschiedene weitere Aspekte abdeckt, wie die Bestimmung der Wesentlichkeit in der Abschlussprüfung, die Verwendung von «Shared Service Centers», die Zusammenarbeit mit der internen Revision, betrügerische Handlungen und Steuerrisiken.

⁸⁷ Art. 2 lit. c RAG.

⁸⁸ Diese Figur ist aus dem Finanzmarktaufsichtsrecht bekannt, wo den Prüfgesellschaften und Prüfbeauftragten diese Funktion von Rechts wegen für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) zukommt; siehe Art. 24 FINMAG; FINMA-Jahresbericht 2015, 10.

⁸⁹ Plausibel erklären liesse sich eine Verringerung des Revisionsaufwandes zum Beispiel infolge des Verkaufs eines Geschäftssegmentes.

⁹⁰ Dazu schon BERTSCHINGER (Fn. 30), 31.

⁹¹ Dazu schon vorne V.4.

Im Tätigkeitsbericht 2011 hat die Revisionsaufsichtsbehörde die Frage aufgeworfen, ob die Selbstregulierung der «Audit Committees» den Bedürfnissen des Kapitalmarkts noch zu genügen vermöge, da «nur eine glaubwürdige Regulierung die notwendige Wirkung erzielen» könne.⁹² Die vom Bundesrat beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) in Auftrag gegebenen Abklärungen zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht werden zeigen,⁹³ ob die Regulierungsspirale die Prüfungsausschüsse erfasst. Nachdem aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf der Aktienrechtsrevision vom November 2014 auf eine spezifische Sorgfalts- und Treuepflicht der Organpersonen für die Vergütungen⁹⁴ verzichtet wird,⁹⁵ erscheint es nur als konsequent, auch von gesetzlichen Pflichten für die Mitglieder des Prüfungsausschusses abzusehen. Die Selbstregulierung bleibt für die Prüfungsausschüsse der angemessene Massstab.

2. Zusammensetzung des Prüfungsausschusses

Der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» verlangt in Ziffer 23, dass die Mehrheit der Ausschussmitglieder, einschliesslich des Vorsitzenden, im Finanz- und Rechnungswesen erfahren sind. In komplexen Verhältnissen soll zumindest ein Mitglied Finanzexperte sein, zum Beispiel ein «Chief Financial Officer» (CFO) oder ein Wirtschaftsprüfer. Angesichts des stetig steigenden Regulierungsgrades des Revisionswesens sollte bei der Besetzung von Prüfungsausschüssen auch die Kenntnis des Revisionsrechts Berücksichtigung finden.

Gemäss geltendem «Swiss Code of Best Practice» setzt sich der Prüfungsausschuss aus nicht exekutiven und unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrates zusammen. Im Vergleich zur Empfehlung des «Swiss Code» von 2002, wonach die Mitglieder zwar nicht exekutiv, aber bloss «vorzugsweise» unabhängig sein sollten, wurde die Unabhängigkeit des Prüfungsausschusses durch die Revision des «Swiss Code» von 2014 gestärkt.⁹⁶

⁹² RAB-Tätigkeitsbericht 2011, 23.

⁹³ Siehe KARIN POGGIO/FLORIAN ZIHLER, Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, Expert Focus 2016, 81. Gemäss RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 8, sollen die entsprechenden Berichte dem Bundesrat im Herbst 2017 vorgelegt werden.

⁹⁴ Art. 717 Abs. 1^{bis} VE-OR (2014).

⁹⁵ Was POGGIO/ZIHLER (Fn. 93), 82, festhalten («die allgemeine Sorgfaltspflicht nach Art. 717 OR umfasst die vergütungsspezifische Sorgfaltspflicht vollständig»), ist im vorliegenden Kontext für die Pflichten der Mitglieder eines Prüfungsausschusses verallgemeinerungsfähig.

⁹⁶ Zur Unabhängigkeit von Mitgliedern des Verwaltungsrates siehe Ziffer 14 des «Swiss Code» (Fn. 9).

3. Aufgaben des Prüfungsausschusses

a) Garant des Prüfungsumfeldes

Steuert der Verwaltungsrat die Selektion einer Revisionsstelle aktiv, kann dies die Unabhängigkeit der Prüfer gegenüber dem Management der geprüften Gesellschaft stärken.⁹⁷ Zur Förderung der kritischen Grundhaltung des Prüfers muss der Prüfungsausschuss ein Umfeld schaffen, «indem es der Revisionsstelle ermöglicht wird, das Management angemessen kritisch zu hinterfragen»⁹⁸. Die Mitglieder des Prüfungsausschusses bleiben pflichtwidrig untätig, falls sie sich nicht für ein derartiges Arbeitsklima der Prüfer in der Gesellschaft einsetzen.⁹⁹ Unter diesem Gesichtspunkt können Qualitätsdefizite von Revisionsdienstleistungen nicht bloss bei der Revisionshaftung¹⁰⁰ eine Rolle spielen, sondern für die Mitglieder des Prüfungsausschusses unter Umständen auch im Hinblick auf die Geschäftsführungshaftung.¹⁰¹ Für die Revisionsgesellschaft, die allein für einen Schaden eingeklagt wird, kann wegen eines mangelhaften Prüfungsumfeldes in Betracht fallen, Mitglieder des Prüfungsausschusses mit Streitverkündungsklage zur Liquidation des Gesamtschadens in den Verantwortlichkeitsprozess zu ziehen.¹⁰²

b) Beurteilung und Interaktion mit der Revisionsstelle

Im Rahmen seiner aufgabenspezifischen Oberleitungs- und Organisationsfunktion¹⁰³ soll der Prüfungsausschuss die Effizienz der Prüfung fördern.¹⁰⁴ Der Ausschuss beurteilt die Leistung und Wirksamkeit der externen Revisionsstelle. Er vergewissert sich über deren Unabhängigkeit und prüft dabei, ob allfällige Zusatzaufträge mit der Revisionsstätigkeit zu vereinbaren sind.¹⁰⁵

Nach Auffassung der Revisionsaufsichtsbehörde sollte die Revisionsstelle grundsätzlich an den Sitzungen des Prüfungsausschusses teilnehmen. Zwar wird bereits auf die Gefahren dieser Zusammenarbeit hingewiesen.¹⁰⁶ Kommunikation unter den Gesell-

⁹⁷ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 23.

⁹⁸ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 23; siehe auch RAB-Tätigkeitsbericht 2013, 4.

⁹⁹ BERTSCHINGER (Fn. 30), 24 f.

¹⁰⁰ Art. 755 OR.

¹⁰¹ Art. 754 Abs. 1 OR.

¹⁰² Dazu allgemein schon bei Fn. 66.

¹⁰³ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 2 OR.

¹⁰⁴ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 4, wonach der Prüfungsausschuss «ein wichtiger Faktor für die Prüfungsqualität» sei.

¹⁰⁵ Siehe Ziffer 24 «Swiss Code» (Fn. 9).

¹⁰⁶ RETO EBERLE/JEANNINE STEHLI, Wie arbeiten Audit Committee und Revisionsstelle in der Schweiz zusammen?, Expert Focus 2015, 849 f., wonach aufgrund der überwiegenden fachlichen

schaftsorganen ist allerdings eine unabdingbare Voraussetzung für eine effektive «Corporate Governance». Dass sich die Verwaltungsräte bei ihren unübertragbaren Aufgaben nicht auf das Urteil der Revisionsstelle verlassen können, ergibt sich aus dem Paritätsprinzip.¹⁰⁷

Eine adäquate «*Audit Governance*» strebt danach, die Qualität der Prüfung durch prozedurale Mittel zu fördern. Wird die Honorierung der Revisionsstelle vom Prüfungsausschuss statt vom Management festgelegt, vermag dies die Unabhängigkeit der Prüfer gegenüber dem Management zu fördern.¹⁰⁸ Besprechungen des Prüfungsausschusses mit der Revisionsstelle sollten auch ohne Beteiligung des Managements durchgeführt werden.¹⁰⁹ Damit lässt sich zwischen der Revisionsstelle und dem Prüfungsausschuss der Informationsfluss über die Arbeit der Geschäftsleitung verbessern. Wo stattdessen die «Vertrauenskultur» in der zu prüfenden Gesellschaft betont wird, ist eher von einer gewissen Nonchalance denn von einer professionellen Begleitung des Prüfprozesses durch das «Audit Committee» auszugehen.

c) Rotation der Revisionsstelle

Den europäischen Rotationsanforderungen an Revisionsunternehmen¹¹⁰ steht die Revisionsaufsichtsbehörde kritisch gegenüber. Sie erachtet es als sinnvoller, dass der Prüfungsausschuss periodisch die Angemessenheit der Mandatsdauer der Revisionsstelle kritisch beurteilt und die Neuausschreibung des Mandates einleitet.¹¹¹ Die Revisionsaufsichtsbehörde empfiehlt dafür einen Zeitraum von 10 bis 14 Jahren.¹¹² Damit ist – im Unterschied zur Rotation des leitenden Revisors bei der ordentlichen Revision¹¹³ – die «*Independence in Appearance*» der Revisionsstelle angesprochen. Sicherlich sollten Qualitätsverbesserungen in der Abschlussprüfung, die mit zunehmender Mandatsdauer der Revisionsstelle aufgrund des vertiefteren Verständnisses der zu prüfenden

Kenntnisse der externen Revision «das Audit Committee zum verlängerten Arm der externen Revision» werden könne.

¹⁰⁷ BGE 132 III 564, E. 5.2, wonach, «se satisfaisant de l'avis émis par l'organe de révision selon lequel une simple note en pied de bilan mentionnant cette créance était suffisante», für die Verwaltungsräte in casu nicht genügte, sodass sie wegen verspäteter Bilanzdeponierung haftbar wurden.

¹⁰⁸ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 24.

¹⁰⁹ Revisionsaufsichtsbehörde, «Audit Committee Guide», 5 (siehe für die Quelle Fn. 86).

¹¹⁰ Siehe Art. 17 (Laufzeit des Prüfungsmandats) der Verordnung Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014; zu damit verbundenen Auswirkungen siehe CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Mehr Schwung im Prüfermarkt, NZZ vom 17. Juni 2016, 29.

¹¹¹ RAB-Tätigkeitsbericht 2015, 24.

¹¹² Revisionsaufsichtsbehörde, «Audit Committee Guide», 4 (siehe für die Quelle Fn. 86). Im RAB-Tätigkeitsbericht 2012, 17, wird ein Zeitfenster von 9 bis 12 Jahren erwähnt.

¹¹³ Art. 730a Abs. 2 OR.

Gesellschaft und ihres Umfeldes zu erwarten sind, nicht leichthin durch den Wechsel der Revisionsstelle geopfert werden.

Da sich die Kraft der «Appearance» zunehmend Bahn bricht, dürfte eine periodische Ausschreibung des Revisionsstellenmandates unausweichlich sein. Mitglieder des Primärorgans gelten bisweilen nicht als unabhängig, wenn sie mehr als zwölf Jahre im Verwaltungsrat weilen, und nach längstens zwanzig Jahren ist ihre Wählbarkeit im Urteil gewisser Beobachter grundsätzlich in Frage gestellt.¹¹⁴ Wenngleich die Unabhängigkeit beim Sekundärorgan ein hohes Profil aufweist, darf sich die Praxis – unter Berücksichtigung der konkreten Umstände – ebenfalls an zwanzig Dienstjahren der Revisionsstelle orientieren, zumal ihr rechtskonformes Handeln auch aufsichtsrechtlich abgesichert ist.

IX. Ausblick

Die Anforderungen an Revisionsunternehmen und Prüfer sind in der jüngeren Vergangenheit deutlich gestiegen. Ein Ende dieser Entwicklung ist nicht absehbar.¹¹⁵ Im Rahmen der internationalen Kompatibilität kann Druck zum Nachvollzug ausländischer Rechtsentwicklungen entstehen, um das Konzept der «*Home Country Supervision*» mit gegenseitiger Anerkennung nicht zu gefährden.¹¹⁶

Die *Digitalisierung* schafft neue Herausforderungen für die Revisionsbranche und die Aufsichtsbehörde. Das Wetttrüsten der grossen vier «Audit»-Netzwerke im Bereich der Technologie dürfte die Schwelle für den Markteintritt weiter erhöhen.¹¹⁷ Sofern die technologiebedingten Einsparungen bei Routine-Prüfaktivitäten in spezifische Vertiefungen der Prüfungen fliessen, trägt die Digitalisierung zur Steigerung der Qualität in der Abschlussprüfung bei.

Der Ausbau des Revisionsrechts strahlt auch auf den Verwaltungsrat aus.¹¹⁸ Mit Blick auf die Qualität der Abschlussprüfung hat die Revisionsaufsichtsbehörde wiederholt auf die grosse Bedeutung des Prüfungsausschusses des Verwaltungsrates hingewiesen.¹¹⁹ Da die Verwaltungsräte die Verantwortung für ein angemessenes Kontrollum-

¹¹⁴ Ethos, Richtlinien zur Ausübung der Stimmrechte 2016 (<www.ethosfund.ch>), Anhang 1, lit. j, 51, sowie Ziff. 2.1, 26, wonach gegen die Wahl einer Person als Mitglied des Verwaltungsrates gestimmt wird, wenn der Kandidat seit über zwanzig Jahren Mitglied des Gremiums ist und für die Wiederwahl keine überzeugende Begründung (Gründermitsglied, Grossaktionärin, spezifische Kompetenzen) geltend gemacht wird.

¹¹⁵ Siehe vorne V.3.

¹¹⁶ Siehe aus schweizerischer Sicht Art. 8 RAG.

¹¹⁷ Siehe Financial Times, Pitch battle, 10. Mai 2016, 7.

¹¹⁸ Dazu schon vorne V.4.

¹¹⁹ Siehe vorne VIII.1.

feld in der Gesellschaft tragen, sind sie auch im Wirkungsbereich der Revisionsstelle in der Pflicht.¹²⁰ Der Verwaltungsrat trägt als Primärorgan im umfassenden Sinne primäre Verantwortung für eine wirksame «Governance» in der Aktiengesellschaft.

¹²⁰ Dazu schon vorne VIII.3.a.

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel | Jean-Luc Chenaux |
Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Schulthess § 2017

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017