

zwischen den Eltern nicht streitig sei. Damit könne dahingestellt bleiben, ob der angefochtene Entscheid auch bei einer Auslegung von Art. 273 ZGB unter Berücksichtigung von Art. 8 EMRK und Art. 18 UN-Kinderrechtskonvention aufzuheben wäre.

Das Bundesgericht nimmt schliesslich Stellung zur alternativen Obhut – die allerdings im vorliegenden Fall gerade nicht zur Diskussion steht, sondern die ausschliessliche Obhut eines Elternteils mit ausgiebigem Besuchsrecht des andern Elternteils – und gibt dabei dem Kantonsgericht Fingerzeige, welche Voraussetzungen für die Annahme der bisher nicht genehmigten Konvention erfüllt sein müssten: günstige Wohnverhältnisse, geringe Entfernung zwischen Wohn- und Besuchsort sowie keine Überforderung von Eltern und Kind.

Bemerkungen:

Das neue Scheidungsrecht ist durch das Parlament bereits verabschiedet worden. Die Referendumsfrist läuft bis am 15. Oktober 1998. Das neue Gesetz wird unter Vorbehalt des Zustandekommens eines Referendums voraussichtlich am 1. Juli 1999 in Kraft treten. Als wichtige Neuerung sieht das neue Recht in Art. 133 Abs. 3 die gemeinsame elterliche Sorge (bisher Gewalt) für Kinder der geschiedenen Eltern vor, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist und soweit als zusätzliche Voraussetzungen Einigkeit über die Anteile der Kinderbetreuung und die Verteilung der Unterhaltskosten bestehen. Die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl vorausgesetzt, wäre im vorliegenden Fall die Konvention sowohl bezüglich des Sorgerechts, als auch bezüglich des Besuchs- und Ferienrechts zu genehmigen gewesen. Das Bundesgericht hat den Entscheid in Kenntnis der Ausgestaltung des neuen Scheidungsrechts nach altem Recht entschieden und ausdrücklich eine Rechtsfortbildung abgelehnt.

Die Frage um Sinn und Zweck der gemeinsamen elterlichen Sorge ist durch den Gesetzgeber (unter Vorbehalt des Zustandekommens eines Referendums) entschieden. Sie wird auch deshalb eingeführt, weil zahlreiche humanwissenschaftliche Untersuchungen die Erkenntnis gebracht haben, dass der Fortbestand einer Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen für die Entwicklung eines Kindes von hohem Wert ist (vgl. dazu als Auswahl: WALLERSTEIN/BLAKESLEE, Gewinner und Verlierer, Münschen 1989, 332 f.; FÜRSTENBERG/CHERLIN, Geteilte Familien, Stuttgart 1993, 114 f.; FIGDOR, Kinder aus geschiedenen Ehen, Mainz 1991, 150 f.). Soweit es den Interessen des Kindes entspricht und die Eltern sich verständigen können, soll kein Elternteil per Scheidungsurteil aus der Familie ausgeschlossen werden. Die Auflösung der Paarbeziehung der Eltern soll nicht einen Abbruch der Elternbeziehung nach sich ziehen. Sofern die Umstände es zulassen, soll die Eltern-Kind-Beziehung durch die Scheidung sowohl in faktischer als auch in rechtlicher Hinsicht möglichst wenig berührt werden.

Vor diesem Hintergrund fasst m.E. das Bundesgericht die Grenzen der Rechtsfortbildung zu eng, wenn es allein den seltenen Fall des Rechtsmissbrauchs bei Anwendung

einer Norm als Rechtfertigung einer Rechtsfortbildung anerkennt. Einerseits muss unter Gewichtung der Maxime des Kindeswohls eine teleologische Auslegung in den Vordergrund treten und unter bestimmten Voraussetzungen eine vom Wortlaut abweichende Auslegung als Relativierung einer absolut formulierten Bestimmung zulässig sein, wie dies verschiedentlich von kantonalen Instanzen bereits praktiziert worden ist (BALSCHET, AJP/PJA 1993 1204 ff.; BezirksGer. St. Gallen, 8.11.1988, SJZ 85 [1989] 139, Nr. 22; OberGer. Basel-Landschaft, 22.3.1993, plädoyer 3/1994, 59; zur teleologischen Reduktion KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern und München 1998, 161 ff.). Andererseits verliert ein Scheidungsrecht, bei dem gerade zum im Streit stehenden Punkt ein Wandel greifbar wird, ein Stück weit an bindender Kraft. (Im Ergebnis anders HAUSHEER/JAUN, ZBJV 134 [1998] 501, 508.) Gewichtige Gründe für eine Rechtsfortbildung aus Sicht des heutigen Gesetzgebers finden sich in der Botschaft zum neuen Scheidungsrecht: Die Belastung des Kindes, die es durch die Scheidung der Eltern erfährt, sollte möglichst gering gehalten werden. Der übereinstimmende Wille der Eltern, sich in Zukunft trotz Trennung gemeinsam um ihre Kinder kümmern zu wollen, dürfte tragfähiger sein als autoritativ festgeschriebene Anordnungen.

Letztlich hat das Bundesgericht die strikte Gesetzesanwendung dem erklärten und nachvollziehbaren Willen der Eltern vorgezogen. Nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts wird die Praxis gefordert sein, Richtlinien dafür zu entwickeln, inwieweit in den in der Konvention niedergelegten Willen der Eltern hineinregiert werden darf. In dieser Hinsicht gibt das Urteil Anlass zur Sorge, indem das Bundesgericht bereits die Umstände idealisiert, die für ein ausgedehntes Besuchsrecht vorliegen müssen, und anscheinend einen strengen Massstab angelegt wissen will.

3. Wirtschaftsrecht / Droit économique

3.1. Gesellschaftsrecht / Droit des sociétés

(5) Die Haftung der Revisionsstelle gegenüber Dritten

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 19.12.1997, P. AG c. X. AG (4C.13/1997/kls, keine BGE-Publikation vorgesehen).

Bemerkungen von
Dr. iur. LL.M. LUKAS GLANZMANN,
Rechtsanwalt, Zürich



Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. – Die in der Chemiebranche, insbesondere im Kunststoffbereich tätige A. SA, deren Aktienkapital Fr. 720000.– betrug und sich aus 1108 Namenaktien mit einem Nominalwert von je Fr. 650.– zusammensetzte, war eine Tochtergesellschaft der A. Holding AG und gehörte zusammen mit anderen Gesellschaften zur A.-Gruppe. Revisionsstelle der A. SA war die X. AG. Die Bilanz per 31. Dezember

1992 wies ein Eigenkapital von Fr. 1452017.22 aus. Die Erfolgsrechnung schloss für das Geschäftsjahr 1992 mit einem Gewinn von Fr. 20884.52. Im Bericht, den sie am 25. März 1993 als Revisionsstelle zuhanden der Generalversammlung erstattete, hielt die X. AG fest, dass Buchführung und Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes nur mit Einschränkungen Gesetz und Statuten entsprächen. Die Bilanzierung sei zu Fortführungswerten erfolgt, obschon die Fortführung der Unternehmung wegen der bestehenden Liquiditätsschwierigkeiten ernsthaft gefährdet sei. Im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses bestünden Forderungen gegenüber den verbundenen Gesellschaften, die sich – nach Abzug des Delkredere und unter Verrechnung der Kreditoren – auf insgesamt Fr. 10141106.26 belaufen würden. Die Gewährung von Krediten an die verbundenen Gesellschaften in dieser Grössenordnung bilde ein Klumpenrisiko und verstosse gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR. Obschon angesichts der fraglichen Bonität der verbundenen Gesellschaften die diesen gegenüber bestehenden Forderungen grösstenteils hätten wertberichtigt werden müssen, womit sich eine Überschuldung ergeben hätte, habe es der Verwaltungsrat unterlassen, eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten zu erstellen und gegebenenfalls den Richter zu benachrichtigen. Trotz dieser Feststellungen empfahl die X. AG die Jahresrechnung zur Genehmigung, weil begründete Aussicht bestehe, dass der Verkauf der Beteiligungen, welche die A. Holding AG an der A. SA, der A.-B. SA, der C. SA und der A. Ltd. hielt, gelinge und die A. Holding AG aus dem Erlös der Transaktionen ihre Schulden gegenüber der A. SA zurückzahlen könne.

Mit Kaufvertrag vom 26. März 1993 erwarb die im Dezember 1992 gegründete P. AG sämtliche Aktien der A. SA zu einem Preis von Fr. 9500000.–. Zum "integrierenden Bestandteil" des Kaufvertrags erklärten die Parteien die Bilanz und die Erfolgsrechnung per 31. Dezember 1992, welche die X. AG geprüft hatte. Nach der Übernahme wurde eine "korrigierte Bilanz" per 31. März 1993 erstellt. Diese wies ausgehend von einem Verlustvortrag aus dem Jahre 1992 in Höhe von Fr. 1936000.– und einem negativen Periodenergebnis von Fr. 1593000.– eine Überschuldung im Umfang von Fr. 2349000.– aus.

B. – Am 9. Januar 1995 klagte die P. AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die X. AG auf Schadenersatz im Betrag des Kaufpreises von Fr. 9500000.–, den sie für die A. SA bezahlt hatte. In der Replik beschränkte sie sich darauf, den Ersatz des ihrer Ansicht nach von der Beklagten zu vertretenden Wertberichtigungsbedarfs zu fordern, den sie auf Fr. 1827909.68 bezifferte. Mit Urteil vom 25. November 1996 erklärte das Handelsgericht den Prozess im Umfang von Fr. 7672090.32 als durch Klagerückzug erledigt und wies im übrigen die Klage ab.

C. – Die Klägerin beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, das handelsgerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die

Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

Zusammenfassung der Erwägungen:

1. – Die Klägerin stellt keinen materiellen Berufungsantrag, wie er nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG an sich erforderlich ist. Das Handelsgericht äussert sich im angefochtenen Urteil jedoch erst zur Frage, ob die Beklagte grundsätzlich hafte. Sollte das Bundesgericht die Rechtsauffassung der Klägerin, wonach eine Haftung der Beklagten grundsätzlich zu bejahen ist, als begründet erachten, so könnte es daher gar kein Sachurteil fällen, sondern müsste die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts, insbesondere zur Feststellung des Schadens, an die Vorinstanz zurückweisen. Bei dieser Sachlage genügt der blosser Rückweisungsantrag der Klägerin (vgl. BGE 106 II 201 E. 1 S. 203; 104 II 209 E. 1 S. 211, je mit Hinweisen).

2. – Die Klägerin wirft der Beklagten vor, gegen die Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle (Art. 728 ff. OR) verstossen zu haben. Sie macht geltend, sie sei zu Schaden gekommen, weil sie im Vertrauen auf den pflichtwidrigen Revisionsbericht der Beklagten und auf die von dieser unsorgfältig geprüfte Jahresrechnung die Aktien der A. SA erworben habe. Ihre Klageforderung stützt sie einerseits auf aktienrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 755 OR, andererseits auf die allgemeine Verschuldenshaftung aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 OR. Das Handelsgericht spricht der Klägerin in bezug auf Art. 755 OR die Aktivlegitimation ab; eine Haftung nach Art. 41 OR verneint es mit der Begründung, dass die behauptete Schädigung nicht in den Schutzbereich der Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle falle, weshalb es an der Widerrechtlichkeit fehle. Die Klägerin rügt das angefochtene Urteil in beider Hinsicht als bundesrechtswidrig.

3. – Der A. SA ist dadurch, dass die Klägerin sie im Vertrauen auf den Revisionsbericht und die darin abgesegnete Jahresrechnung übernommen hat, kein Schaden entstanden. Als Geschädigte tritt einzig die Klägerin auf. Der eingeklagte Schaden leitet sich nicht mittelbar aus einer primären Schädigung der Gesellschaft ab, wie sie in den Art. 756 ff. OR näher geregelt wird. Es geht vielmehr um unmittelbaren Schaden. Die Klageberechtigung beurteilt sich daher einzig nach Art. 755 OR; die in den Art. 756–759 OR vorgesehenen Beschränkungen greifen nicht. Nach Art. 755 OR sind neben der Gesellschaft insbesondere auch die einzelnen Aktionäre berechtigt, die Revisionsstelle für den Schaden zu belangen, den diese durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht. Dabei ist allerdings – jedenfalls für die Geltendmachung von unmittelbarem Schaden – weder erforderlich noch ausreichend, dass der Kläger im Zeitpunkt der Klageeinleitung Aktionär ist. Entscheidend ist vielmehr, in welcher Eigenschaft der Kläger geschädigt worden ist (RETO THOMAS RUOSS, Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors, ST 1996, 562). Wer als Aktionär geschädigt worden ist, bleibt klageberechtigt, auch wenn er seine

Beteiligung in der Zwischenzeit veräussert hat, bei Klageeinleitung mithin keine Aktionärstellung mehr besitzt (BGE 106 II 232 E. 2b, 234). Umgekehrt kann, wer als Aussenstehender aus widerrechtlichem Verhalten eines Gesellschaftsorgans zu Schaden kommt, die Klageberechtigung nach Art. 755 OR nicht etwa dadurch erlangen, dass er sich nachträglich noch einige Aktien besorgt. Nicht bloss als Aussenstehender kann jedoch im Zusammenhang der Legitimationsfrage ein Investor bezeichnet werden, der im Vertrauen auf einen Revisionsbericht ein Aktienpaket erwirbt, dessen Wert, wie sich später herausstellt, nicht dem Kaufpreis entspricht. Denn sein Schaden tritt nicht vor, sondern gleichzeitig mit dem Aktienwerb ein. Der Zeitpunkt der Schädigung fällt demnach mit dem Augenblick zusammen, in welchem der Investor Aktionär wird. Insofern lässt sich durchaus sagen, dass er als Aktionär geschädigt wird. Das muss auch für den vorliegenden Fall gelten. Die Klägerin ist daher entgegen der Auffassung des Handelsgerichts nicht nur zur Klage aus Art. 41 OR, sondern auch zu jener aus Art. 755 OR legitimiert.

4. – a) Nach der Rechtsprechung ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit zielt auf den Ersatz reiner Vermögensschäden. Die Haftung setzt deshalb voraus, dass die in Anspruch genommenen Organpersonen Verhaltensnormen verletzt haben, die nach ihrem Zweck vor Schäden von der Art des eingetretenen schützen sollen (BGE 122 III 176 E. 7b, 192; 119 II 127 E. 3, 128 f., mit Hinweisen).

Damit erhebt sich die Frage, wieweit die Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle nicht nur vor Schädigungen der Gesellschaft mit mittelbaren Auswirkungen auf Aktionäre und Gläubiger, sondern auch vor unmittelbaren Schädigungen Dritter, die im Vertrauen auf die Berichterstattung der Revisionsstelle Aktien erwerben oder Darlehen gewähren und damit zu Aktionären bzw. Gläubigern werden. Diese Frage ist umstritten. Die eine Meinung geht dahin, dass die Revisionsstelle als reines Innenorgan keine Verpflichtungen gegenüber Dritten habe (VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel, Bd. VIII/2, 294; DERSELBE, Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, 55 f.; RUOSS, a.a.O., 560 f. und 564). Der Revisionsbericht sei funktional eine Grundlage für zwei und nur zwei Entscheidungen der Aktionäre: für die Genehmigung der Rechnung und für den Beschluss über die Dividende. Die Revisionsstelle gebe den Revisionsbericht für die Aktionäre und nur in einem ganz bestimmten funktionalen Zusammenhang ab: Sie beantworte darin Fragen, die auf die gesetzlich geforderten Beschlüsse der Generalversammlung, mithin auf körper-schaftliche Gestaltungsakte ausgerichtet seien. Auf den individuellen Investitionsentscheidungen eines Dritten seien die Prüfungshandlungen der Revisionsstelle demgegenüber gar

nicht zugeschnitten (PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, 35 f.).

Diese Lehrmeinung, der sich das Handelsgericht im angefochtenen Urteil anschliesst, versteht die der Revisionsstelle zukommende Funktion zu eng. Die Revisionsstelle ist nicht lediglich eine Einrichtung gesellschaftsinterner Selbstkontrolle; ihre Funktion ist vielmehr gesellschaftsübergreifend, mithin auch drittschutzbezogen (WERNER F. EBKE, Die Revision aus schweizerischer und europäischer Sicht, ST 1992, 773). Ginge es nur um den Schutz der direkt Beteiligten, so wäre schwer einzusehen, weshalb das Gesetz die Einsetzung einer – hinreichend sachkundigen (Art. 727a OR) – Revisionsstelle für jede Aktiengesellschaft zwingend vorschreibt (Art. 727 und 727f OR) und in bezug auf die Aufgaben der Revisionsstelle zwingende Mindestvorschriften enthält (Art. 728 ff. OR), die in den Statuten zwar erweitert, nicht aber eingeschränkt werden können (Art. 731 Abs. 1 OR). Ebenso wäre kaum erklärbar, weshalb das Gesetz verlangt, dass die Revisionsstelle von einem Hauptaktionär unabhängig sein muss (Art. 727c OR). Aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergibt sich demnach, dass die Revisionsstelle ihre Prüfungsaufgaben nicht nur im Interesse der direkt Beteiligten, sondern auch zugunsten der Allgemeinheit zu erfüllen hat. Diese Betrachtungsweise liegt denn auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Bestimmungen über die Pflichten der Revisionsstelle auch den Schutz der Allgemeinheit bezwecken, insbesondere den Schutz Dritter, die der Gesellschaft ein Darlehen gewähren oder sich an ihr beteiligen (BGE 106 II 232 E. 2c, 235; vgl. ferner auch 122 III 176 E. 7c, 193 sowie – zur bankengesetzlichen Revisionsstelle – 99 Ib 104 E. 5, 110 f.). Der gleiche Standpunkt wird auch in der Lehre von einer Reihe von Autoren vertreten (EBKE, a.a.O.; FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, 81 ff.; PETER WIDMER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N 18 zu Art. 755 OR; IRENE C. EGGMANN, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1997, 14).

b) Entgegen der Ansicht des Handelsgerichts kann demnach die Klägerin den Schutz der Vorschriften, deren Verletzung sie der Beklagten vorwirft, durchaus für sich in Anspruch nehmen. Die Haftung der Beklagten kann deshalb nicht zum vornherein mangels Widerrechtlichkeit verneint werden. Die Streitsache ist vielmehr zur Abklärung der übrigen Haftungsvoraussetzungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Gestützt auf diese Erwägungen hat das Bundesgericht die Berufung der Klägerin gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts aufgehoben und die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Gerichtsgebühr von Fr. 15000.– wurde den Parteien je zur Hälfte auferlegt, und Parteikosten wurden keine gesprochen.

Bemerkungen:

Das Bundesgericht beurteilt im vorliegenden Fall die Frage, ob die Revisionsstelle für den unmittelbaren Schaden eines

Eigenkapitalinvestors aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftet. In einem ersten Teil des Urteils (Erw. 3) erörtert das Gericht die Aktivlegitimation von Investoren bei Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 755 OR. Im zweiten Teil (Erw. 4) geht es um den Schutzbereich der Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle bei einer Haftung nach Art. 41 OR. In der vorliegenden Besprechung werden zuerst ein paar allgemeine Ausführungen zur Geltendmachung eines direkten Schadens gemacht. Anschliessend wird auf die Voraussetzungen der Aktivlegitimation bei einer Klage nach Art. 755 OR eingegangen und diskutiert, wer durch die Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle geschützt werden soll. Schliesslich folgen noch einige Bemerkungen zum adäquaten Kausalzusammenhang.

1. Allgemeines

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterlag in jüngster Zeit starken Änderungen, die ihren vorläufigen Abschluss in BGE 122 III 176 fanden. In diesem Entscheid nahm das Bundesgericht noch nach altem Aktienrecht eine Neudefinition der Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden vor. Danach ist für die Bestimmung, ob ein mittelbarer oder ein unmittelbarer Schaden vorliegt, nicht entscheidend, welche Vermögensmasse direkt betroffen ist, sondern welche Rechtsgrundlage für die jeweilige Schadenersatzpflicht heranzuziehen ist. Ein unmittelbarer Schaden eines Aktionärs oder eines Gläubigers liegt demnach dort vor, wo das Verhalten eines Organs Pflichten verletzt, welche dieses gegenüber dem betreffenden Aktionär oder Gläubiger persönlich hat (BGE 122 III 176 E. 7b, 191). Ebenfalls in diesem Entscheid hat das Gericht die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines unmittelbaren Schadens neu definiert und zwar für den Fall, dass der Schaden aus einem Verstoß gegen Pflichten herrührt, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Schutz der Gläubiger dienen. In diesem Fall soll eine Pflichtverletzung zunächst zu einem Schadenersatzanspruch der Gesellschaft führen, der sich auf Art. 754 aOR abstützt. Mit der Konkurseröffnung wird dieser Schadenersatzanspruch durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit aus mittelbarem Schaden abgelöst, und es werden konkurrierende Ansprüche aus unmittelbarem Gläubigerschaden, welche auf dieselbe Handlung oder Unterlassung gestützt werden, ausgeschlossen. Solche unmittelbare Schadenersatzansprüche entstehen nur dann, wenn gleichzeitig noch weitere Bestimmungen verletzt werden, die allein dem Schutz des betreffenden Dritten dienen, oder allenfalls ein Tatbestand der culpa in contrahendo vorliegt, welcher eine persönliche Haftung des Handelnden begründet (BGE 122 III 176 E. 7c, 193 f.).

Das Bundesgericht äussert sich im vorliegenden Fall nicht zur Frage, ob die noch unter altem Aktienrecht vorgenommene Änderung der Rechtsprechung bezüglich der Geltendmachung von unmittelbarem Schaden auch unter neuem Recht Bestand hat. Ebenso wenig geht das Gericht auf die Kritik ein, die seiner Rechtsprechung erwachsen ist

(siehe etwa ROLF WATTER/ROLAND A. TRUFFER, AJP/PJA 1996, 1583; PATRICK UMBACH, in SZW 1997, S. 176; PETER FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997, N 48). Immerhin kann aber festgehalten werden, dass sich das Urteil bezüglich der Geltendmachung von unmittelbarem Schaden in das in BGE 122 III 176 aufgestellte System einfügen lässt.

Im vorliegenden Fall wird die Revisionsstelle für den unmittelbaren Schaden der Klägerin verantwortlich gemacht, wobei die Klägerin ihren Anspruch aus einem Verstoß gegen Pflichten ableitet, die auch den Interessen der Gesellschaft dienen. Indem das Bundesgericht die Klage ohne weiteres zulässt, wird deutlich, dass unmittelbare Schadenersatzansprüche des Aktionärs ausserhalb des Konkurses auch weiterhin geltend gemacht werden können. Dies gilt selbst dann, wenn Bestimmungen verletzt werden, die sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Schutz der einzelnen Aktionäre dienen. Diese Lösung ist sachgerecht, weil vor der Konkurseröffnung die vom Bundesgericht für den Ausschluss der Klagebefugnis angeführte Begründung der zeitlichen Benachteiligung der Gesellschaft nicht besteht (FORSTMOSER a.a.O., N 334). Das gleiche muss auch für die Geltendmachung eines unmittelbaren Gläubigerschadens gelten (a.M. FORSTMOSER, a.a.O., FN 334, der offenbar davon ausgeht, dass die Gläubiger nicht zu Schaden kommen können, solange die Gesellschaft zahlungsfähig ist; dem ist entgegenzuhalten, dass Gläubiger beispielsweise direkt geschädigt werden, wenn der Verwaltungsrat die finanzielle Situation der Gesellschaft zu negativ darstellt und die Gläubiger dazu bringt, auf einen Teil ihrer Forderungen zu verzichten). In diesem Sinne ist das vorliegende Urteil mit der in BGE 122 III 176 noch zum alten Aktienrecht begründeten Rechtsprechung vereinbar.

Das Bundesgericht nimmt auch die Gelegenheit wahr, seine zum alten Aktienrecht gemachten Äusserungen über die Nichtanwendbarkeit von Art. 756 und 758 aOR bei der Geltendmachung von unmittelbarem Schaden (BGE 122 III 176 E. 7b, 192) zu bestätigen. In einem obiter dictum hält das Gericht fest, dass die in Art. 756–759 OR (richtig wohl Art. 756–758 OR) vorgesehenen Beschränkungen bei der Geltendmachung von unmittelbarem Schaden nicht greifen. Offengelassen hat das Gericht aber weiterhin die Frage, ob die speziellen Bestimmungen hinsichtlich Solidarität, Verjährung und Gerichtsstand anwendbar sind. Diese Frage ist mit der herrschenden Lehre zu bejahen (FORSTMOSER, a.a.O., N 271; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 36 N 16; WALTER A. STOFFEL, Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit, in: STOFFEL [Hrsg.], Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, 27; IRENE C. EGGMANN, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1997, 37 f.).

Bevor auf die bundesgerichtlichen Ausführungen über die Aktivlegitimation nach Art. 755 OR und den Schutzbereich der Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle eingegangen wird, bleibt an dieser Stelle noch anzu-

merken, dass nicht ersichtlich ist, weshalb das Gericht die Prozesskosten den Parteien hälftig auferlegt hat und auf eine Zusprechung von Parteientschädigung verzichtet hat. Ebensowenig ist nachvollziehbar, weshalb das Urteil nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht wird.

2. Die Aktivlegitimation nach Art. 755 OR

Das Bundesgericht erörtert in Erwägung 3 seines Entscheides, ob ein Investor legitimiert ist, eine Klage nach Art. 755 OR anzuheben. Gemäss Art. 755 OR sind alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum alten Aktienrecht war ein Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage legitimiert, wenn er in seiner Stellung als Aktionär oder als Gesellschaftsgläubiger geschädigt worden war (BGE 106 II 232 E. 2b). Das Bundesgericht bestätigt diese Rechtsauffassung mit Bezug auf das neue Aktienrecht, und erklärt, dass ein Investor, der im Vertrauen auf einen Revisionsbericht ein Aktienpaket erwirbt, als Aktionär geschädigt werde, weil der Schaden gleichzeitig mit dem Aktienwerb eintrete. Diese Äusserung gilt es im folgenden zumindest zu relativieren.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die Frage, ob die Klägerin, die sämtliche auf den Namen lautenden Aktien der Gesellschaft kaufte, als Aktionärin geschädigt wurde. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Klägerin im Zeitpunkt des Schadenseintritts schon Aktionärin war oder ob sie diese Stellung erst später erworben hat. Die Voraussetzungen für den Erwerb der Rechtsstellung als Aktionärin sind einerseits ein obligatorisches Rechtsgeschäft, beispielsweise ein Kaufvertrag, und andererseits die Übertragung der Namenaktien durch Übergabe des indossierten Aktientitels an den Erwerber (Art. 684 Abs. 2 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 44 NN 87 und 90). Für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bedarf es zudem noch der Eintragung im Aktienbuch der Gesellschaft (Art. 686 Abs. 4 und Art. 689 Abs. 1 OR).

In der Praxis fallen der Abschluss des obligatorischen Verpflichtungsgeschäfts und die Übergabe des Besitzes an den Aktientitel in der Regel zeitlich auseinander. Durch das Verpflichtungsgeschäft verpflichtet sich der Investor zur Bezahlung eines bestimmten Kaufpreises, während sich der Altaktionär zur Übertragung der Aktientitel verpflichtet. Haben nun die Aktientitel weniger Wert als angenommen, so tritt der Schaden beim Investor grundsätzlich mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes ein, denn ab diesem Zeitpunkt steht seinem Anspruch auf Übertragung der Aktien eine zu hohe Kaufpreisforderung gegenüber. Der Investor ist aber in diesem Zeitpunkt in der Regel noch nicht Aktionär, weil die Aktientitel erst später übertragen werden. Deshalb kann den Ausführungen des Bundesgerichtes, wonach der Schaden mit dem Aktienwerb eintritt,

nur dann zugestimmt werden, wenn der Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes und die Übertragung der Aktientitel zeitlich zusammenfallen. Weil aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich ist, ob im vorliegenden Fall die Übertragung der Aktientitel zeitlich mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes zusammengefallen ist, kann auch nicht beurteilt werden, ob das Bundesgericht seine unter dem alten Aktienrecht entwickelte Praxis wirklich bestätigt. Unter der Voraussetzung, dass die Titel nicht beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes übertragen worden sind, würde sich das Gericht vom Erfordernis trennen, dass ein Kläger als Aktionär geschädigt werden muss. An dieser Stelle soll nicht diskutiert werden, ob eine solche Ausdehnung der Haftung wünschenswert ist oder nicht. Es bleibt hier einzig darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall klare Abgrenzungskriterien für eine Haftung angezeigt wären. So müsste beispielsweise geklärt werden, ob die Revisionsstelle selbst gegenüber potentiellen Investoren haftet, die gestützt auf einen Revisionsbericht Aufwendungen vornehmen, jedoch in der Folge nicht einmal das Verpflichtungsgeschäft abschliessen. Oder besteht die Haftung nur gegenüber jenen Investoren, die zumindest das Verpflichtungsgeschäft abschliessen? Oder ist es notwendig, dass ein Investor wenigstens nachträglich die Aktionärsstellung erwirbt, auch wenn die Schädigung bereits vor dem Erwerb dieser Stellung eintritt?

3. Der Schutzbereich der Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle

In Erwägung 4 des Urteils geht das Bundesgericht auf die Frage des Schutzbereiches der Vorschriften über die Pflichten der Revisionsstelle bei einer Haftung aus Art. 41 OR ein. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Klägerin einen Anspruch gegen die Revisionsstelle gestützt auf Art. 41 OR nur dann geltend machen, wenn diese Verhaltensnormen verletzt hat, die nach ihrem Zweck vor Schäden von der Art des Eingetretenen schützen sollen (BGE 122 III 176 E. 7b, 192, 119 II 127 E. 3, 128 f.). Die Frage, ob die Revisionsstelle auch Pflichten hat, welche Dritte vor unmittelbarer Schädigung schützen, ist umstritten. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass die Revisionsstelle ein reines Innenorgan der Gesellschaft ist und dass die Vorschriften über deren Pflichten nicht dem Schutze Dritter dienen (CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, SPR VIII/2, Basel 1982, 294; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundzüge des Schweizerischen Aktienrechts, Zürich 1995, 697, 712d und 712f; PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, 35 f. Ebenfalls dahingehend äussert sich RETO THOMAS RUOSS, Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors, ST 1996, 560, wobei jedoch zu bemerken ist, dass dieser Autor im vorliegenden Fall Vertreter der Beklagten war und sein Artikel über ein Jahr nach Klageanhebung erschienen ist). Die Vertreter dieser Lehre gehen sodann folgerichtig davon aus, dass Dritte keine Ansprüche gegenüber der Revisionsstelle haben, solange diese bloss eine einfache Sorgfaltpflichtverletzung begeht und nicht eigentlich widerrechtlich handelt (BÖCKLI, a.a.O., 36 f.).

Der weit grössere Teil der Lehre (so etwa WERNER F. EBKE, Die Revision aus schweizerischer und europäischer Sicht, in ST 1992, 773; FORSTMOSER, a.a.O., N 308; PETER WIDMER, BS-Komm. OR 755 N 18; EGGMANN, a.a.O., 40 f.) und auch das Bundesgericht (BGE 122 III 176 E. 7c, 193, 106 II 232 E. 2c) vertreten eine andere Auffassung bezüglich der Funktion der Revisionsstelle. Danach ist die Funktion der Revisionsstelle gesellschaftsübergreifend und dadurch auch drittschutzbezogen. Nach Ansicht des Bundesgerichtes lässt sich diese Funktion der Revisionsstelle direkt aus dem Gesetz ableiten: Art. 727 i.V.m. Art. 727f OR bestimmt, dass jede Gesellschaft zwingend über eine Revisionsstelle verfügen muss, die gemäss Art. 728 ff. OR gewisse Aufgaben zwingend wahrnehmen muss. Die Revisoren müssen zudem nach Art. 727a OR befähigt sein, ihre Aufgabe zu erfüllen, und in gewissen Fällen müssen sie sogar besondere fachliche Qualifikationen haben (Art. 727b OR). Ferner müssen die Revisoren vom Verwaltungsrat und vom Hauptaktionär unabhängig sein (Art. 727c OR). Sowohl auf das Erfordernis der fachlichen Qualifikation wie auch auf jenes der Unabhängigkeit kann selbst bei Einmanngesellschaften nicht verzichtet werden. Gestützt darauf folgert das Bundesgericht richtigerweise, dass die Revisionsstelle ihre Prüfungsaufgaben nicht nur im Interesse der Direktbeteiligten, sondern auch zugunsten der Allgemeinheit zu erfüllen hat. Dies ergibt sich im übrigen noch viel deutlicher aus der Pflicht der Revisionsstelle, bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt (Art. 729b Abs. 2 OR). Ferner wäre bei fehlender Schutzwirkung für Dritte nicht einzusehen, weshalb die Revisionsberichte zusammen mit der Jahres- und Konzernrechnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen oder jeder Person, die es innerhalb eines Jahres seit Abnahme verlangt, zuzustellen sind. Obwohl diese weitgehende Offenlegungspflicht nur für Gesellschaften gilt, die Anleihenobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an einer Börse kotiert sind (Art. 697h Abs. 1 OR), müssen alle anderen Gesellschaften immerhin jenen Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Revisionsberichte gewähren (Art. 697h Abs. 2 OR). Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die Revisionsstelle im Handelsregister eingetragen werden muss und dass der Handelsregisterführer die Pflicht hat, beim Fehlen einer Revisionsstelle der Gesellschaft eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzusetzen (Art. 727f Abs. 1 OR). Umgekehrt können Gläubiger klageweise die Abberufung eines Revisors verlangen, der die Voraussetzungen für das Amt nicht erfüllt (Art. 727e Abs. 3 OR). Auch diese Vorschriften machen nur Sinn, wenn die Drittschutzwirkung der Pflichten der Revisionsstelle anerkannt wird (vgl. FORSTMOSER, a.a.O., NN 301 bis 305).

4. Der adäquate Kausalzusammenhang

Aufgrund der obenstehenden Ausführungen muss das Bundesgericht dahingehend verstanden werden, dass der Schutzbereich der Vorschriften über die Pflichten der Revi-

sionsstelle auch Investoren, d.h. künftige Aktionäre und Gläubiger erfasst und dass diese ein individuelles Klage-recht gegen die Revisionsstelle haben. Dennoch dürfte eine Haftung der Revisionsstelle gegenüber diesem Personenkreis nicht leicht zu bejahen sein, weil der Investor insbesondere den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Pflichtwidrigkeit der Revisionsstelle und seinem Schaden zu beweisen hat. Ein adäquater Kausalzusammenhang ist einmal dann nicht gegeben, wenn der Revisionsbericht dem Investor gar nicht vorgelegen hat, sei es, dass er ihn nicht verlangte oder dass der Revisionsbericht erst später erschien (FORSTMOSER, a.a.O., N 345). Doch selbst wenn der Investor den Revisionsbericht kannte, dürfte der Beweis des Kausalzusammenhangs nicht immer ganz leicht sein. Der Revisionsstellenbericht hat nämlich nur eine beschränkte Aussagekraft, weil einerseits die Revisionsstelle nicht die Geschäftsführung des Verwaltungsrates, sondern bloss die Gesetzes- und Statutenkonformität der Jahresrechnung überprüft (DRUEY, a.a.O., 697 f.), und andererseits der Revisionsbericht hauptsächlich in die Vergangenheit schaut und sich auch deshalb schlecht als Grundlage für die Beurteilung künftiger Entwicklungen eignet (FORSTMOSER, a.a.O., N 342). Schliesslich dürfte der adäquate Kausalzusammenhang auch dann verneint werden, wenn der Investor aufgrund von Insider-Wissen oder einer durchgeführten umfassenden Due-Diligence über die Lage der Gesellschaft informiert war (FORSTMOSER, a.a.O., N 346). Umgekehrt wird der adäquate Kausalzusammenhang nicht durch grobes Selbstverschulden des Investors unterbrochen, wenn dieser keine Due-Diligence durchführt (a.M. offenbar EGGMANN, a.a.O., 194), denn ein Investor hat grundsätzlich keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due-Diligence. Gerade beim Erwerb eines Minderheitspaketes oder bei der Gewährung eines untergeordneten Kredites ist eine Due-Diligence kaum durchführbar. Eben-sowenig liegt ein den Kausalzusammenhang unterbrechendes Selbstverschulden des Investors alleine deshalb vor, weil dieser sich vorbehaltlos auf den Revisionsstellenbericht verliess und keine Garantien oder andere angemessene Sicherheitsleistungen verlangte (a.M. FORSTMOSER, a.a.O., N 347). Weil zwischen der Richtigkeit des Revisionsstellenberichts und dem Bestellen von Sicherheiten kein Zusammenhang besteht, darf es einem Investor nicht zum Nachteil gereichen, wenn er keine Sicherheiten verlangt. Das Bejahen einer Pflicht zum Einverlangen von Sicherheiten bedeutete nämlich, dass der Investor eine Obliegenheit hat, die Revisionsstelle vor einer Haftung aus Verantwortlichkeit zu bewahren, obwohl eine solche Haftung nur dann gegeben ist, wenn die Revisionsstelle ihre Pflichten schuldhaft verletzt hat. Diese Pflicht kann dem Investor aber nicht auferlegt werden.