

Law & Economics

Festschrift für Peter Nobel
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von:

Robert Waldburger

Peter Sester

Christoph Peter

Charlotte M. Baer



Stämpfli Verlag

Law & Economics

**Festschrift für Peter Nobel
zum 70. Geburtstag**



Friedrich Dürrenmatt

Portrait Peter Nobel

1988, Gouache auf schwarzem Karton, 99,5 × 69,8 cm

© Centre Dürrenmatt Neuchâtel, Schweizerische Eidgenossenschaft

Peter Nobel

© Stämpfli Verlag AG Bern

Law & Economics

Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von:

ROBERT WALDBURGER

PETER SESTER

CHRISTOPH PETER

CHARLOTTE M. BAER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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 vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2971-8

ISBN Judocu 978-3-0354-1239-0

Wie weiter mit der Revisionshaftung?

Kritische Würdigung des Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR

VITO ROBERTO

Inhaltsverzeichnis

I.	Die Problematik	253
II.	Die «Lösung» in der Revision 1991	254
III.	Vorentwurf 2005	256
IV.	Entwurf 2007	257
V.	Virtueller Regressprozess	258
VI.	Auswirkungen auf die übrigen Organe	260
VII.	Alternativen zum Entwurf 2007	261
VIII.	Schluss	263

I. Die Problematik

Das Thema ist Wirtschaftsrechtlern geläufig: Kommt es zu einer Insolvenz und werden Verantwortlichkeitsklagen erwogen, richten sich die Ansprüche besonders häufig gegen die Revisionsstelle. Sie ist eben oft die solventeste der solidarisch haftenden Parteien. Überdies lassen sich die gerichtlich gutgeheissenen Ansprüche in der Praxis vergleichsweise einfach vollstrecken, da die Revisionsstelle in der Schweiz belangbar ist.

Die Revisionsstelle ist aber regelmässig nicht jene solidarhaftpflichtige Partei, welche die Hauptverantwortung für den finanziellen Misserfolg eines Unternehmens trägt. Für dessen Geschehnisse sind vielmehr Verwaltungsrat und Geschäftsleitung verantwortlich. Die Revisionsstelle kann nicht gestaltend in den Geschäftserfolg eingreifen. Ihre Aufgabe beschränkt sich auf die Prüfung der Jahresrechnung sowie einzelner weiterer Aspekte.¹

Insofern kann der Revisionsstelle regelmässig bloss vorgeworfen werden, sie habe gewisse Fehler oder Missstände nicht bemerkt oder die Aktionäre – bzw. im Falle einer Überschuldung das Gericht – nicht informiert. Praktisch bedeutsam ist namentlich die Untätigkeit bei einer finanziellen Schieflage. Der Revisionsstelle wird somit in den meisten Fällen eine fahrlässige Unterlassung vorgeworfen. Vor Jahren bereits hatte FORSTMOSER in einem Beitrag

¹ Etwa die Prüfung, ob ein Internes Kontrollsystem (IKS) gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR besteht.

«Den Letzten beißen die Hunde»² eindrücklich auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass der geringe Verantwortlichkeitsbeitrag der Revisionsstelle in Kontrast zu ihrem hohen Haftungsrisiko steht. Ebenso hält BÖCKLI fest, dass «das «Geschäft» aus dem das Risiko entstanden ist, eben gerade nicht dasjenige der Revisoren ist»³. Und NOBEL spricht in diesem Zusammenhang von der «Gefahr der Ausfallbürgschaft»⁴.

Die Problematik ist somit seit vielen Jahren bekannt. Unklar ist dagegen, wie eine sachgerechte gesetzliche Lösung aussehen könnte. In den letzten beiden Jahrzehnten wurden verschiedene «Lösungen» vorgeschlagen oder im Gesetz verankert; zufriedenstellend war bislang keine.

II. Die «Lösung» in der Revision 1991

Schon bei der letzten grossen Aktienrechtsrevision war man sich des Problems bewusst. Und man beabsichtigte auch, es zu lösen. In der Botschaft aus dem Jahr 1983 wurde vorgeschlagen, dass die leichtfahrlässig handelnden Organe im Aussenverhältnis bloss in dem Umfang haften, in dem sie auch im Innenverhältnis für den Schaden aufkommen müssten. Bei leichter Fahrlässigkeit wäre die Solidarität somit entfallen.

Im Parlament war dieser Vorschlag nicht mehrheitsfähig. Man einigte sich schliesslich darauf, für jeden Ersatzpflichtigen einen individuellen Solidaritätsplafond einzuführen, was als «differenzierte Solidarität» bezeichnet wurde.⁵ Der ins Gesetz aufgenommene Art. 759 Abs. 1 OR lautet:

«Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen nur insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.»

Von der differenzierten Solidarität versprach man sich eine angemessene Haftung. Dieses Versprechen liess sich durch die gewählte gesetzliche Fassung jedoch nicht einlösen. Letztlich beruhte sie auf einem Missverständnis der gesetzgebenden Organe.

In der parlamentarischen Debatte wurde das Wesen der neuen Bestimmung vom damaligen Bundesrat *Arnold Koller* mit folgendem Beispiel erläutert: Wenn zwei Verwaltungsräte eingeklagt werden, von denen der eine kri-

² FORSTMOSER PETER, Den Letzten beißen die Hunde: Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Ackermann Jürg-Beat/Donatsch Andreas/Rehberg Jörg, Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2011, 483 ff.

³ BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 N 191.

⁴ NOBEL PETER, Aufgaben und Macht der Revisionsstelle, in: Hertig Gérard (Hrsg.), Kolloquium Alain Hirsch, Die Führung der Gesellschaften und die Einhaltung der Regeln, Zürich 1996, 121 ff., 134.

⁵ GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Art. 759 OR, N 4 f., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zu OR II, 4. Aufl., Basel 2012.

minell gehandelt hat, aber mittellos ist, der andere dagegen aufgrund seines geringen Verschuldens oder der Umstände einen Herabsetzungsgrund geltend machen kann, dafür vermögend ist, so soll gemäss der neuen Solidaritätsregelung letzterer «im Aussenverhältnis nur zur Entrichtung der Hälfte des Schadens verurteilt» werden.⁶

Jeder Haftpflichtrechtler weiss, dass es in der gesamten veröffentlichten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kaum Fälle gibt, in denen der Schadenersatz mit Blick auf ein geringes Verschulden reduziert wurde. Und bei den wenigen «Ausreissern» betrug die Reduktion meist nicht mehr als zwanzig Prozent.⁷ Die geringe Bedeutung der Reduktion wegen geringen Verschuldens mag darauf zurückzuführen sein, dass – wie NOBEL es pointiert ausdrückt – «ein Geschädigter in der Regel immer noch weniger schadensursächlich und schuld ist, als auch ein bloss fahrlässig handelnder Schädiger. Ziel sollte wohl – nach wie vor – die *vollständige Entschädigung* sein».⁸

Auch die übrigen persönlichen Herabsetzungsgründe kommen kaum je zum Tragen,⁹ so dass sich die differenzierte Solidarität von der «normalen» Solidarität im Ergebnis nicht unterscheiden dürfte.

Im Rahmen der Aktienrechtsreform wurde auch Art. 759 Abs. 2 OR eingefügt. Das Verhältnis dieses zweiten Absatzes, welcher die interne Haftungsquote betrifft, zum ersten Absatz von Art. 759 OR ist unklar. Der neu eingefügte zweite Absatz hat folgenden Wortlaut:

«Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.»

Der erste Halbsatz der neuen Bestimmung enthält eine Selbstverständlichkeit: Mehrere Beteiligte an einer Schädigung haften schon nach den allgemeinen Bestimmungen über die Solidarität solidarisch und können im Aussenverhältnis auf den gesamten gemeinsam verursachten Schaden eingeklagt werden. Das Neue ist daher im zweiten Teil der Bestimmung zu suchen. Was damit bewirkt werden sollte, war freilich von Beginn an wenig verständlich. NOBEL führt diesbezüglich aus:

⁶ Amtl. Bull. StR 1991, 471.

⁷ Soweit ersichtlich finden sich insgesamt drei Entscheidungen, meist älteren Datums, in denen der Ersatz infolge geringen Verschuldens reduziert wurde; Roberto Vito/Schister Roman, Leichtes Verschulden - kein Reduktionsgrund, HAVE 2014, 431 ff., 431; vgl. auch Roberto Vito, Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 32.03 f.

⁸ NOBEL PETER, Solidarität und Unsolidarität, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 99 ff., 107, wobei es gemäss NOBEL zu beachten gilt, dass die vollständige Entschädigung «in der Realität oftmals eine Fiktion ist, denn die Schadenssummen übersteigen die persönlichen Leistungsfähigkeiten bei weitem. Verantwortlichkeit ist ja vor allem Drohpotential».

⁹ ROBERTO (Fn. 7) N 32.01 ff. Einen seltenen Fall findet man in BGE 127 III 459, in welchem die Haftung der Revisionsstelle wegen geringer Entschädigung der Revisionsstelle reduziert wurde; ob derjenige, der ein geringes Entgelt für die Revisionstätigkeit verlangt, schützenswert ist, darf freilich bezweifelt werden.

«Diese Norm, für die der Geist des Herrn erneut über David kam und dies als aktienrechtliche «Lex David» festschrieb, ist wahrlich so schwer zu enträtseln wie ein Bibeltext. Es handelt sich um eine späte Rechtsschöpfung des Parlaments während der Differenzbereinigung [...]. Beim Studium der Materialien fällt auf, dass anfänglich niemand die Bestimmung verstand, auch der Aktienrechtsprofessor Arnold Koller nicht, der meinte, sie schaffe nur Verwirrung und gehe «rechtsdogmatisch» nicht auf, da Aussen- und Innenverhältnis vermischt würden. Einen Sinn könne man der Norm nur rein prozessual beimessen. Das ist dann wohl auch der zu akzeptierende Sinn dieser Norm [...]»¹⁰

Problematisch ist die richterliche Festsetzung von Haftungsquoten im Innenverhältnis insbesondere dann, wenn am Prozess nicht alle Solidaritätspflichtigen beteiligt sind (vgl. dazu unter Ziff. V).

Die Regelung der differenzierten Solidarität in der Revision aus dem Jahre 1991 warf insgesamt mehr Fragen auf, als sie beantworten konnte. Als erfolgreiche Regelung dürfte sie jedenfalls kaum noch von jemandem erachtet werden.

III. Vorentwurf 2005

Im Begleitbericht zum Bundesrätlichen Vorentwurf aus dem Jahre 2005 erkannte man zutreffend, dass in Bezug auf die solidarische Haftung der Revisionsstelle nach wie vor Handlungsbedarf besteht. Der Vorentwurf erblickte die Lösung in den im deutschen und österreichischen Recht bestehenden Regelungen. Diese sehen bei leichter Fahrlässigkeit der Revisionsstelle eine betragsmässige Haftungsbegrenzung vor.¹¹ Diesem Vorbild folgend lautete der vorgeschlagene Art. 759 Abs. 1^{bis} VE-OR 2005:

«Wer der Revisionshaftung untersteht und nur für leichtes Verschulden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet höchstens bis zum Betrag von 10 Millionen Franken. Bei der Revision von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind und bei der Revision von wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften nach Art. 727 ist die Haftung für leichtes Verschulden auf 25 Millionen Franken beschränkt.»

Der Vorschlag wurde erwartungsgemäss kontrovers aufgenommen. Während die Treuhand-Kammer die Neuregelung begrüsste,¹² kritisierten andere die Privilegierung grosser Revisionsunternehmen.¹³ Zutreffend dürfte hinge-

¹⁰ NOBEL (Fn. 8) 109.

¹¹ Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005.

¹² WIDMER DIETER/CAMPONOVATO RICO A., Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht: Ein Schritt in die richtige Richtung zur Lösung der Haftungsfrage – Botschaft vom 21. Dezember 2007, ST 3/2008, 110 ff., 112.

¹³ Vgl. etwa SETHE ROLF, Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 121 ff., 136.

gen die Ansicht sein, dass die Neuregelung faktisch weder einen Fortschritt noch eine Privilegierung gebracht hätte. Vielmehr hätte sich kaum etwas geändert. So zeigt die Rechtsprechung zur Haftung des Verwaltungsrates für nicht einbezahlte Sozialversicherungsbeiträge, dass Gerichte trotz der Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens in Art. 52 AHVG eine Haftung jeweils bejahen.¹⁴ Es sind kaum Fälle bekannt, in denen die Rechtsprechung die Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit ablehnte.¹⁵

Illustrativ sind auch die Ausführungen des früheren Bundesrichters CORBOZ in Bezug auf den häufigen Fall, dass eine Revisionsstelle eine Überschuldung nicht bemerkt und die Generalversammlung nicht darüber informiert:

«Dans un tel cas, les réviseurs ont assurément commis une faute grave, en violant un de leurs devoirs les plus élémentaires en vidant de sons sens l'intervention de l'organe de révision»¹⁶.

IV. Entwurf 2007

Aufgrund der Kritik gegen den Vorentwurf 2005 versuchte man in der Folge, die Thematik neu anzugehen. Die Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit wird fallen gelassen und dafür eine Haftung im Umfang desjenigen Betrages statuiert, für welchen die Revisionsstelle bei einem Regress aufkommen müsste. Die Einschränkung auf den internen Regressanteil kommt bei Fahrlässigkeit (auch bei grober Fahrlässigkeit) zum Zuge. Eine unbeschränkte solidarische Haftung im Aussenverhältnis besteht folglich bloss noch bei (Eventual-)Vorsatz. Die Bestimmung im Entwurf aus dem Jahre 2007 lautet:

«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.»

Gemäss der Botschaft handelt es sich dabei um eine «Verdeutlichung» der bisherigen differenzierten Solidarität.¹⁷ Dies ist offenkundig ein Versehen. Wer im Umfang des Regresses haftet, trägt bloss die interne Haftungsquote. Anders lässt sich die neu vorgeschlagene Bestimmung nicht verstehen. Die

¹⁴ ROBERTO VITO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29 ff., 37.

¹⁵ So explizit auch das Bundesgericht, s. BGE 132 III 523 ff., 530: «La négligence grave mentionnée à l'art. 52 aLAVS est admise très largement par la jurisprudence.»

¹⁶ CORBOZ BERNARD, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Basel 2005, OR 759 N 19.

¹⁷ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff., 1695.

differenzierte Solidarität will dagegen etwas anderes: Sie will sicherstellen, dass der solidarische Haftungsbetrag nicht höher ist, als wenn der Haftpflichtige allein haften würde.

Die interne Haftungsquote hat mit der Schadensbemessung im Aussenverhältnis nichts zu tun. Während die differenzierte Solidarität – wie vorne erläutert – in Bezug auf den Haftungsumfang kaum etwas brachte, führt die Beschränkung der Haftung auf den Regressbetrag im Innenverhältnis zu einer drastischen Reduktion des Haftungsbetrages.

Die Revisionsstelle ist nie alleine haftpflichtig. Dies muss schon deshalb so sein, weil sie bloss die Jahresrechnungen (bzw. das Bestehen eines IKS) prüfen muss, welche andere erstellt haben.¹⁸ Handelt es sich um eine Gesellschaft mit lediglich einem operativ tätigen Verwaltungsrat, in welcher weder andere Verwaltungsräte noch Geschäftsleitungsmitglieder oder andere materielle Organe vorhanden sind, beträgt die interne Regressquote im Regelfall bereits weniger als 50%.

Nun dürften aber in der Mehrzahl der Fälle mehrere Organe haften: Neben den formellen allenfalls materielle und vielleicht auch faktische Organe. Damit reduziert sich die maximale Haftungsquote der Revisionsstelle rasch auf einen geringen prozentualen Anteil an der Gesamtsumme.

V. Virtueller Regressprozess

Die Beschränkung auf den internen Regressanteil sieht auf den ersten Blick überzeugend aus. Das Bonitätsrisiko, welches die Revisionsstelle bislang in zahlreichen Fällen mittrug, entfällt. Bei näherer Betrachtung kommen freilich Zweifel in Bezug auf die Praktikabilität auf.

Es stellt sich nämlich dasselbe Problem wie unter Art. 759 Abs. 2 OR: Um den Haftungsumfang der (nicht vorsätzlich handelnden) Revisionsstelle zu ermitteln, müssen die individuellen Verantwortlichkeitsbeiträge der Haftpflichtigen festgestellt werden. Dies ist dann unproblematisch, wenn sämtliche haftpflichtige Personen in den Prozess einbezogen sind.¹⁹ Damit stellt sich bereits die erste Frage nach dem Kreis der Haftpflichtigen: Es ist jeweils keineswegs unmittelbar evident, welche Personen als materielle und faktische Organe gelten und welche früheren, zwischenzeitlich ausgeschiedenen Organe ebenfalls mithaften.

Oftmals dürfte sich eine Klage aber bloss gegen einige der potentiell Haftpflichtigen oder gar bloss gegen die Revisionsstelle richten. Namentlich dann,

¹⁸ Pointiert dazu BÖCKLI, der die «Wurzel» der heutigen Revisionshaftungsprobleme in Art. 759 Abs. 1 aus dem Jahre 1936 sieht: «Man beachtete nicht, dass der Revisor in seiner Rolle des Abschlussprüfers gar nicht unter die Definition eines echten Organs fällt – *er darf gar nicht tun, was für ein Organ typisch ist* [...]» (BÖCKLI (Fn. 3) § 18 N 191x).

¹⁹ BÖCKLI (Fn. 3) § 18 N 519m.

wenn einzig die Revisionsstelle eingeklagt wird, lässt sich ihr interner Regressanteil kaum bestimmen. Die Revisionsstelle wird alles daran setzen, ihren eigenen Verschuldensbeitrag als möglichst gering, jener der anderen (nicht eingeklagten) Organe dagegen als erheblich darzustellen. Ob der Kläger willens und in der Lage ist, die Interessen der im Verfahren nicht involvierten Organe genügend zu wahren, ist zu bezweifeln. Aufgrund der Verhandlungsmaxime muss das Gericht auf die Vorbringen und Beweismittel des Klägers und der beklagten Revisionsstelle abstellen. Es besteht damit die Gefahr, dass das Gericht den internen Regressanteil der Revisionsstelle zu Lasten der übrigen Haftpflichtigen zu tief beurteilt.²⁰

Sodann ist das Verhältnis vom virtuellen zum echten Regressprozess ungeklärt. Es ist nämlich denkbar, dass der Geschädigte in einem ersten Verfahren die Revisionsstelle einklagt, dann aber in einem zweiten Prozess gegen die Primärorgane vorgeht.²¹ Geht man davon aus, dass der Richter die Haftungsquoten im tatsächlichen Innenverhältnis anders festsetzen kann als im virtuellen Regressprozess, führt das zu Doppelspurigkeiten, widersprüchlichen Urteilen und für die Revisionsstelle zu Rechtsunsicherheit. Eine Bindung des Richters an die im virtuellen Regressprozess festgesetzten Haftungsquoten kann auch keine Lösung sein: Da in der Regel nicht alle Beteiligten in diesen Erstprozess einbezogen sind, ist eine objektive Festlegung der Haftungsquoten nicht möglich.

In der Lehre werden drei Gründe angeführt, welche die Problematik in der Praxis entschärfen sollten: (1) Das Interesse des Klägers, sämtliche Haftpflichtigen in den Prozess einzubeziehen, (2) die Streitverkündungsklage und (3) die Möglichkeit der Nebenintervention.²²

Weshalb ein Kläger ein Interesse daran haben soll, jeweils sämtliche Haftpflichtigen einzuklagen, ist nicht nachvollziehbar. Dagegen spricht, dass sich der prozessuale Aufwand für den Kläger aufgrund der zahlreichen Rechtschriften erheblich erhöht. Bei Klageabweisung fallen überdies mehrfache Parteientschädigungen an. Der vor etwa zwei Jahrzehnten durch das Bundesgericht begründete Grundsatz der einfachen Prozessentschädigung wurde im Laufe der Zeit zunehmend aufgeweicht. Gemäss der aktuellen Rechtsprechung sind mehrere Prozessentschädigungen zu leisten, wenn infolge von Interessenkonflikten eine gemeinsame Vertretung der Beklagten nicht mög-

²⁰ BERTSCHINGER URS, Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), *Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich 2011, 811 ff., 832.

²¹ GARBARSKI ANDREW M./WATTER ROLF, La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme: changement de paradigme?, SZW 2009, 235 ff., 247.

²² BÖCKLI PETER/BÜHLER CHRISTOPH B., Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: SKV Verlag (Hrsg.), *Max Boemle: Festschrift zum 80. Geburtstag*, Zürich 2008, 235 ff., insbes. 258 ff.

lich ist.²³ Wie der Jubilar vor Jahren schon feststellte, sind indes Interessenkonflikte dem internen Verhältnis unter den Solidarhaftpflichtigen immanent.²⁴ Der erhöhte Aufwand und die Gefahr hoher Parteientschädigungen dürften dem Einbezug sämtlicher potentiell Haftpflichtigen entgegen stehen, sofern diese überhaupt bekannt sind.

Noch weniger zu überzeugen vermag der Hinweis auf die Streitverkündungsklage. Diese in der eidgenössischen ZPO vorgesehene prozessuale Klage soll es einer beklagten Partei ermöglichen, einen Dritten im Falle ihres Unterliegens auf Regressansprüche einzuklagen.²⁵ Weshalb eine Revisionsstelle ein Interesse daran haben sollte, andere Organe in den Prozess einzubeziehen, ist nicht erfindlich. Andere Organe dürften die Lage der Revisionsstelle eher erschweren, da sie kein Interesse an der Festsetzung einer geringen Haftungsquote zugunsten der Revisionsstelle haben können.

Schwieriger abzuschätzen ist die Bedeutung der Nebenintervention. Haftpflichtige Organe, die nicht eingeklagt wurden, haben ein rechtliches Interesse am Ausgang des Prozesses (vorausgesetzt das Urteil wirkt sich auf ihren internen Haftungsanteil aus) und können daher als intervenierende Partei dem Prozess beitreten.²⁶ Sie stehen jedoch vor einem Dilemma. Denn einerseits ist ihr oberstes Ziel die Klageabweisung, z.B. weil keine Pflichtverletzung besteht oder die Kausalität zum eingetretenen Schaden nicht gegeben ist. Andererseits profitieren sie im Falle einer Gutheissung des Anspruchs gegen die Revisionsstelle davon, wenn die Revisionsstelle einen möglichst hohen Anteil des Gesamtschadens tragen muss. In jedem Fall dürften die in Verantwortlichkeitsklagen erfahrungsgemäss erheblichen Anwaltskosten die meisten Organe von einer Nebenintervention abhalten.

VI. Auswirkungen auf die übrigen Organe

In den Unterlagen zur Gesetzesrevision finden sich keine Hinweise, inwiefern sich eine Haftungsbeschränkung zugunsten der Revisionsstelle auf die anderen Organe einer Aktiengesellschaft auswirkt. Aufgrund der solidarischen Haftung und den oftmals hohen eingeklagten Schadenersatzbeträgen müssen letztlich nicht zwingend die Hauptverantwortlichen für den Schaden aufkommen; soweit die finanziellen Möglichkeiten dieser Personen ausgeschöpft sind, tragen die anderen Organe die finanziellen Folgen. Neben der Revisionsstelle sind dies die finanzkräftigen Organe.

²³ BGE 125 III 138 ff., 140.

²⁴ NOBEL (Fn. 8) 111.

²⁵ SCHWANDER DANIEL, Art. 81 ZPO, N 10, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2013.

²⁶ Art. 74 ZPO.

Keine Probleme bestehen, wenn die hauptverantwortlichen Organe zugleich die wohlhabendsten Organe sind. Ist dies dagegen nicht der Fall, wird die Problematik des hohen Haftungsrisikos durch die vorgeschlagene Regelung nicht gelöst, sondern verlagert. Da die Revisionsstelle bloss noch für einen Teil des Gesamtschadens aufkommen muss, vergrössert sich das Haftungsrisiko finanzkräftiger, aber nicht hauptverantwortlicher Organe. Dabei dürfte es sich meistens um nichtexekutive Verwaltungsräte handeln.

Nach der bisherigen Regelung muss jeder Haftpflichtige im Aussenverhältnis für den ganzen Schaden aufkommen. Da der Kläger auswählen kann, gegen welchen Solidarhaftpflichtigen die gerichtlich anerkannte Schadenersatzforderung geltend gemacht wird, hält er sich zweckmässigerweise an einen der finanzkräftigsten Verantwortlichen. Dieser kann dann auf die Mitverantwortlichen nach Massgabe ihres Haftungsanteils Rückgriff nehmen. Was bei einzelnen Haftpflichtigen nicht erhältlich gemacht werden kann, tragen die übrigen Mitverantwortlichen gemeinsam. Die finanzkräftigen Solidarhaftpflichtigen tragen daher das Bonitätsrisiko in Bezug auf die weniger wohlhabenden Organe.²⁷

Die vorgeschlagene Regelung in Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR beseitigt infolgedessen die Einstandspflicht der Revisionsstelle für das Bonitätsrisiko. Entsprechend erhöht sich das Haftungsrisiko für die verbleibenden finanzkräftigen Organe.

Teilweise wird vertreten, dass dies durchaus gerechtfertigt sei. Denn anders als die Revisionsstelle könnten die Organe auf die Geschehnisse in der Gesellschaft Einfluss nehmen.²⁸ Diese Auffassung ist aus theoretischer Sicht zutreffend. Aus praktischer Sicht vermag der Einwand weniger zu überzeugen. Verantwortlichkeitsklagen beruhen oftmals auf dem Vorwurf, die finanzielle Lage einer Gesellschaft falsch eingeschätzt oder unrichtig dargestellt zu haben. Um Einfluss nehmen zu können, bedarf es entsprechender Kenntnisse. Der Einblick in die finanzielle Lage einer Gesellschaft dürfte aber für die Revisionsstelle im Regelfall sogar höher sein als für nichtexekutive Verwaltungsräte.²⁹

VII. Alternativen zum Entwurf 2007

In der Lehre finden sich verschiedene Vorschläge, wie das Haftungsrisiko der Revisionsstelle beschränkt werden kann. So wurde etwa postuliert, privatautonome Regelungen zuzulassen. In den Statuten könnten Haftungsbeschränkungen zugunsten der Revisionsstelle vorgesehen werden. Um Missbräuche

²⁷ Vgl. mit Nachweisen ROBERTO (Fn. 14) 39.

²⁸ SETHE (Fn. 13) 140.

²⁹ GLANZMANN LUKAS, Die grosse Aktienrechtsrevision: Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, ST 2008, 665 ff., 679.

zu verhindern, müsste der Handlungsspielraum durch gesetzliche Minimalstandards begrenzt werden.³⁰

Ob unterschiedliche Haftungen in Bezug auf die einzelnen Gesellschaften wünschenswert sind, darf bezweifelt werden. Die Annahme, dass sich Gläubiger vorgängig über Haftungsbeschränkungen orientieren und dies bei der Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft entsprechend berücksichtigen, dürfte sich in der Praxis kaum verwirklichen.

Sodann wird auch diskutiert, die Haftung im Verhältnis zum Revisionshonorar zu beschränken: In Betracht käme z.B. ein Haftungshöchstbetrag im Umfang eines «Multiples» des Revisionshonorars.³¹

Ein anderer Vorschlag beruht auf einem Versicherungsobligatorium.³² Die Versicherungsgesellschaften wären damit die «Gate-keeper», welche den Markt vor Revisionsgesellschaften schützen, welche wiederholt wegen einer Pflichtverletzung für einen Schaden aufkommen mussten.

Letztlich handelt man sich bei allen bislang vorgeschlagenen Lösungen gleichzeitig erhebliche Schwierigkeiten ein. Das führt zur Frage, ob die Lösung am richtigen Ort gesucht wird. Bislang fokussierten die Vorschläge jeweils auf die Begrenzung des Haftungsumfangs. Das Problem dürfte jedoch in der *Überdehnung der Aufgaben* bzw. der Erwartungen an die Revisionsstellen liegen. Diesbezüglich führte NOBEL bereits vor zwei Jahrzehnten aus:

«Es scheint fast, dass man ihr [der Revisionsstelle] in den letzten Jahren fast zu viel an Aufgaben und vor allem an Erwartungen aufgebürdet hat. Mehr Zurückhaltung könnte empfehlenswert sein.»³³

Erfolg dürfte einzig eine Lösung versprechen, die statt bei den Haftungsfolgen bei den Pflichten ansetzt. Das Pflichtenprogramm der Revisionsstellen, welches fortwährend ausgeweitet wurde und in einer mitursächlichen Wechselwirkung zum vielbeklagten «*expectation gap*» steht, ist wieder auf einen angemessenen und sachgerechten Umfang zurückzuführen. Die Sachlage findet ihre Parallele im ausufernden und die nicht-geschäftsführenden Verwaltungsräte überfordernden Pflichtenkatalog in Art. 716a OR.³⁴ Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man analog zu der Haftung der Verwaltungsräte auch bei den Revisionsstellen eine gerichtliche Zurückhaltung bei der nachträglichen Überprüfung der Angemessenheit ihrer Tätigkeiten aner-

³⁰ SETHE ROLF, Verantwortlichkeitsrecht, in: Watter Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision – Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, 299 ff., 316.

³¹ SETHE (Fn. 13) insbes. 150 f.

³² FORSTMOSER (Fn. 2) 512.

³³ NOBEL (Fn. 4) 138.

³⁴ Umfassend hierzu RÜDISSEY MICHÈLE F., Boards of Directors at Work: An Integral Analysis of Nontransferable Duties under Swiss Company Law from an Economic Perspective, Diss. St. Gallen, Bamberg 2009, 149 ff.

kennt. Entsprechend der «*Business Judgment Rule*» müsste daher eine «*Audit Judgment Rule*» Eingang in die Gerichtspraxis finden³⁵.

VIII. Schluss

Im Wirtschaftsrecht ist seit Jahren eine zuweilen hektische Gesetzesaktivität zu beobachten.³⁶ Das Aktienrecht aus dem Jahre 1881 erfuhr erst nach über einem halben Jahrhundert (im Jahre 1937) eine Überarbeitung. In der Folge dauerte es nochmals über ein halbes Jahrhundert, bis im Jahre 1992 das Aktienrecht revidiert wurde. Bloss dreizehn Jahre später (im Jahre 2005) erschien der Vorentwurf der Aktienrechtsreform.

Auch wenn man es in der heutigen schnelllebigen Zeit kaum noch zu schreiben wagt: Es ist, wie das Beispiel der Revisionshaftung exemplarisch zeigt, zu begrüßen, dass der Entwurf nicht möglichst rasch durch den Gesetzgebungsprozess geschleust wurde. Der Werdegang verschiedener neuerer Gesetzesrevisionen – zu denken ist etwa an die Regelung der kollektiven Kapitalanlagen³⁷ – belegen den Wert einer sorgfältigen und umsichtigen Prüfung von Gesetzesvorhaben.

Bei der Analyse neuer Gesetzesvorschläge sollten namentlich auch die tatsächlichen Folgen neuer Normen genügend Beachtung finden. Der Jubilar setzt sich seit langem mit dieser Problematik auseinander; nicht zuletzt aus diesem Grund hat er an der Universität St. Gallen den Lehrgang Recht mit Wirtschaftswissenschaften initiiert und massgeblich gefördert. Ein besseres Verständnis namentlich auch der wirtschaftlichen Zusammenhänge erleichtert dem Gesetzgeber und den Juristen gleichermassen die Folgeabschätzung neuer Rechtsnormen.

³⁵ So bereits VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff., 11.

³⁶ S. auch FORSTMOSER PETER, Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Schweizer Gesetzgebung, in: Griffel Alain (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, 9 ff., 9: «Innert kürzester Zeit werden Entwürfe vorgelegt, Gesetze erlassen und manchmal auch eben erst verabschiedete Erlasse wieder geändert.»

³⁷ Das KAG aus dem Jahre 2007, welches das Gesetz aus dem Jahre 1995 ersetzte, wurde bereits im Jahre 2013 revidiert, und im Entwurf zu einem neuen Finanzdienstleistungsgesetz sind wiederum Modifikationen vorgesehen. Vgl. die Nachweise bei FORSTMOSER (Fn. 36) 12.

