

Rico A. Camponovo

# Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur

**Pflichtverletzung, Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden/Solidarität seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts\***

*Seit der Einführung des neuen Aktienrechtes am 1. Juli 1992 sind zahlreiche Gerichtsentscheide zur Haftung der Revisionsstelle ergangen. Sie bestätigen einerseits bewährte Grundsätze, beantworten offene Fragen und werfen neue Fragen auf. Weiter zugespitzt hat sich die Exposition der Revisionsstelle. Selbst ohne Verschulden wird sie öfter eingeklagt als der Verwaltungsrat, der oft schwere Pflichtverletzungen begangen hat [1].*

Für die Revisionsstelle ist es daher essentiell, die Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur exakt zu verfolgen. Dieser Aufsatz bietet eine kommentierte Zusammenfassung. Im Kammerseminar «Aktuelle Rechtsfragen der Revisionsstelle» werden diese Fälle laufend besprochen.

## 1. Allgemeines/Grundlagen

### 1.1 Einleitung/Übersicht

Das Schwergewicht dieses Aufsatzes liegt auf den Neuerungen in Rechtsprechung [2] und Literatur zu den Themen Pflichtverletzung, Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden/Solidarität der Revisionsstelle i.S.v. Art. 755 OR [3]. Für das Verantwortlichkeitsrecht im allgemeinen verweise ich auf die Spezialliteratur [4].

### 1.2 Ständige Verschärfung der Haftung der Revisionsstelle

Weiter zugenommen hat der Druck auf die Revisionsstellen. Auch wenn diese

keine Pflichtverletzung begangen hat, wird sie immer häufiger um Schadenersatz angegangen. Dabei fällt auf, dass der Verwaltungsrat (im Folgenden VR) – mangels Solvenz bzw. Versicherungsschutz – von den Klägern selten eingeklagt wird. Dies gilt auch, wenn dieser schwere Pflichtverletzungen begangen und eventuell vor Konkursöffnung finanziell profitiert hat. Da die Revisionsstellen regelmässig versichert sind, konzentriert sich ein Kläger auf diese [5]. Auch in nur halbwegs komplexen Verhältnissen lassen sich der Revisionsstelle immer irgendwelche kleinen Fehler oder Unklarheiten vorwerfen, die besonders im Rückblick – wenn die desolante Situation klar vor Augen liegt – aufgebauscht und als Schadensursachen hingestellt werden können. Die einen tragen die Verantwortung, die anderen die Konsequenzen, wie es Forstmoser treffend umschrieben hat [6].

Eine Änderung dieser Situation ist nicht in Sicht. Im Gegenteil wird die Revisionsstelle heute praktisch bei jedem Bilanzskandal a priori als Mitschuldige bezeichnet. Die politisch geforderten Gegenmassnahmen richten sich meist gegen die Revisionsstelle (Verschärfung der Unabhängigkeit, neue Revisionsaufsicht usw.). Erstaunlich ist, dass für den VR kaum neue Massnahmen gefordert werden. Die aktienrechtlichen Anforderungen an dessen Befähigung und Unabhängigkeit usw. hinken weit hinter denjenigen der Revisionsstelle zurück, obwohl der VR Hauptverantwortlicher für die korrekte Bilanzierung wäre.



Rico A. Camponovo, Rechtsanwalt, lic. iur. et lic. oec. publ., Stellvertretender Direktor und Leiter des Fachteams Revisionsrecht, KPMG Fides, Zürich

\*La traduction paraîtra dans un des prochains numéros de l'EC.

Eine Versicherungspflicht für VR [7] und für die mit der Geschäftsführung befassten Personen ist nicht im Gespräch [8], wäre aber zu begrüssen. Sie würde das Interesse an einer Haftungsklage gegenüber dem VR fördern. Die Versicherungssumme müsste m. E. mindestens CHF 0,5 Mio. betragen und zusätzlich von der Höhe des Fremdkapitals abhängen, so dass bei grossen Gesellschaften Summen über CHF 10 Mio. pro Person versichert werden. Die Einhaltung der Versicherungspflicht könnte bei jeder Eintragung und Mutation durch das Handelsregister und jährlich durch die Revisionsstelle geprüft werden. Eine Beschränkung der Pflicht auf mittlere und grosse Unternehmen wäre denkbar [9]. Auch Befähigungsvorschriften für Verwaltungsräte von Unternehmen ab mittlerer Grösse wären unerlässlich. In grossen Unternehmen müssten mindestens zwei im Finanzwesen besonders befähigte Personen in den VR gewählt werden [10].

Momentan bleibt der Revisionsstelle lediglich die aufmerksame Verfolgung der Rechtsprechung, um in der Praxis der geforderten Sorgfalt so gerecht wie nur möglich zu werden. Ohne politische Massnahmen wird sich die Misere jedoch nicht beheben lassen.

### 1.3 Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage

Seit BGE 117 II 439 ff. geht das Bundesgericht bis heute davon aus, dass es sich bei der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarer Schädigung um eine «einheitliche Klage aus dem Recht der Gläubigergesamtheit» handle. Daraus ergibt sich z. B., dass persönliche Einreden gegen den Kläger ausgeschlossen sind [11] oder dass der gesamte Gesellschaftsschaden eingeklagt werden kann [12]. Für weitere Fragen zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarer Schädigung verweise ich auf die Literatur [13]. Diese Frage spielt für diesen Aufsatz keine wesentliche Rolle.

### 1.4 Definition des Schadens

Auch auf die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Definition des

mittelbaren/unmittelbaren Schadens gehe ich nur kurz ein. Sie spielt für diesen Aufsatz ebenfalls keine wesentliche Rolle [14]. Unter alter Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der Lehre wurde die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden aufgrund der betroffenen Vermögensmasse getroffen [15]. Unmittelbar war der Gläubiger dann geschädigt, wenn direkt in seinem Vermögen ein Schaden eintrat. Mittelbar war die Schädigung, wenn er indirekt geschädigt wurde, weil die Schuldnerin ihren Verpflichtungen nicht nachkam. Diese Unterscheidung leuchtet nach wie vor ein.

Seit BGE 122 III 176 ff. [16] soll die Schadensart aber von der verletzten Rechtsnorm abhängen [17]. Wenn diese nur den Gläubiger schützt, hat der geschädigte Gläubiger einen unmittelbaren Schaden erlitten. Bisher sind folgende Normen mit einfacher Schutzfunktion identifiziert worden: Art. 41 OR und culpa in contrahendo [18] sowie Art. 744 f. OR [19]. Wenn die Norm auch die Gesellschaft schützt (doppelte Schutzfunktion), hat der geschädigte Gläubiger einen mittelbaren Schaden erlitten. Bisher sind folgende Normen mit doppelter Schutzfunktion identifiziert worden: Art. 725 Abs. 3 a OR [20], Art. 628 Abs. 1 und 638 Abs. 2 Ziff. 3 a OR [21], Art. 725 Abs. 2 OR [22], Art. 725 a OR [23] und Art. 666 OR [24].

Diese neue Unterscheidung leuchtet nicht ein. Auch rechtlich lässt sie sich nicht nachvollziehen [25]. Es scheint eine Verwechslung zwischen Schaden und Pflichtverletzung oder der Aktivlegitimation [26] vorzuliegen. Ein Zusammenhang zum Schadensbegriff ist nicht ersichtlich [27].

## 2. Haftungsvoraussetzungen

### 2.1 Pflichtverletzung

#### 2.1.1 Allgemeines

Aus Sicht der Haftungsprävention ist von den vier Haftungselementen dasjenige der Pflichtverletzung das Wichtigste, denn es liegt als einziges vollständig im Machtbereich des Prüfers. Nicht

beeinflussen kann die Revisionsstelle, ob aus einer Pflichtverletzung adäquat kausal ein Schaden erwächst, ob der Kausalzusammenhang durch Dritte unterbrochen wird, ob überhaupt ein Schaden entsteht oder geltend gemacht wird. Das tönt banal, ist es in der Praxis aber nicht. Oft ist der Prüfer versucht, fällige Massnahmen hinauszuschieben, weil er meint, «der Schaden könne nicht anwachsen», da z. B. die Gesellschaft saniert werde. Oder er denkt, dass eine Schadenszunahme für ihn unproblematisch sei, weil die Gläubiger der Gesellschaft die Sanierungsversuche «unterstützen» und den im Misserfolgsfalle entstehenden Verzögerungsschaden «genehmigt» hätten usw. Die nachfolgend besprochenen Bundesgerichtsentscheide vom 16. November 1999 [28] und BGE 127 III 453 ff. [29] sind Anwendungsbeispiele dazu.

Typisch für die Pflichtverletzung der Revisionsstelle ist es, dass diese praktisch nie [30] alleine steht. Regelmässig liegt ihr eine vorausgehende Pflichtverletzung des VR, und zwar in Form einer Gesetzes- oder Statutenverletzung zugrunde [31]. Durch die Verletzung von Revisionsaufgaben allein wird nie Schaden entstehen, weil ungenügende Prüfung oder Berichterstattung nur zu einer Vergrösserung des Schadens führt, wenn eine bereits erfolgte schädigende Pflichtverletzung zu spät aufgedeckt wird. Dies gilt auch für die wenigen aktiven Pflichten der Revisionsstelle, wie Einberufung der Generalversammlung (GV, Art. 699 Abs. 1 OR) oder Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft (Art. 729b Abs. 2 OR).

Deshalb sind die Pflichtverletzungen der Revisionsstelle immer Unterlassungen [32]. Sie unterlässt es z. B., erstens im Revisionsbericht eine Pflichtverletzung des VR in der Buchführung, der Jahresrechnung [33] oder beim Gewinnverwendungsantrag (Art. 728 Abs. 1 OR) durch Einschränkungen zu rügen. Oder sie unterlässt es zweitens, eine Verletzung eines anderen schweizerischen Gesetzes oder einer nicht die Buchführung betreffenden Bestimmung der Statuten durch den VR mittels Hinweis im Revisionsbericht oder im Management Letter (Art. 729b

Abs. 1 OR) zu rügen. Es kann drittens auch sein, dass sie die Überschuldungsanzeige (Art. 729b Abs. 2 OR) oder die Einberufung der GV (Art. 699 Abs. 1 OR) unterlässt, nachdem der VR seinerseits die Bilanzdeponierung (Art. 725 Abs. 2 OR) oder die Einberufung pflichtwidrig unterlassen hat.

### 2.1.2 In Rechtsprechung und Literatur

#### 2.1.2.1 Zusammenfassung für die Zeit vor 1992

Zusammenfassungen von Pflichtverletzungen des VR finden sich in der Literatur [34]. Die Beispiele betreffen zwar den VR, sie sind aber für Pflichtverletzungen der Revisionsstelle relevant, weil sie zu Hinweisen oder Einschränkungen führen müssen [35].

Pflichtverletzungen der Revisionsstelle in der Judikatur bis ca. 1992 finden sich in der Literatur [36]. Zusammengefasst sind es Unterlassungen von Bestandprüfungen der Aktiven [37], der Bewertung des Warenlagers [38], der Erstellung einer konsolidierten Bilanz, wenn die Prüfpflicht nur so erfüllt werden kann [39], der korrekten Würdigung eines Bewertungsgutachtens, bzw. wenn sie es der Gesellschaft überlässt, die Gutachter auszuwählen [40], der Einberufung der GV [41], der Überprüfung der Angemessenheit von Abschreibungen [42], des Hinweises auf Art. 725 OR [43] und des Beizugs eines Fachmanns oder der Mandatsniederlegung bei fehlender Fachkenntnis [44].

#### 2.1.2.2 Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR

Seit 1992 befassen sich diverse Publikationen [45] und Gerichtsentscheide mit dieser neuen Anzeigepflicht. Sie äussern sich zur Frage des richtigen Zeitpunktes der Anzeige, zum Begriff «offensichtlich», zu den Alternativen usw.

##### 2.1.2.2.1 Zeitpunkt der Offensichtlichkeit der Überschuldung BGE vom 16. 11. 1999 [46]

Sachverhalt: Der Revisionsstelle R der X AG wurde im Februar 1993 der provisorische Abschluss 1992 der X

mit einer Überschuldung von ca. CHF 100 000 bekannt gegeben. Erst im April 1994 erhielt sie die definitive, zahlenmässig unveränderte, Bilanz. R hat die Verspätung nur einmal im Juni 1993 gemahnt. Der Revisionsbericht wurde am 10. August 1994, also mehr als 13 Monate nach Ablauf der 6-Monatsfrist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR, abgegeben. Die Konkursverwaltung argumentierte in ihrer Schadenersatzklage, dass die offensichtliche Überschuldung im Februar 1993 erstellt gewesen sei. R hätte daher spätestens im März 1993 die Anzeige an den Konkursrichter erstatten müssen und sei daher für den Schadenszuwachs ab März 1993 verantwortlich. R argumentierte, dass im Februar 1993 die Überschuldung nicht offensichtlich gewesen sei, weil der Abschluss 1992 sowieso erst bis spätestens Ende Juni 1993 hätte vorgelegt werden müssen, weil die verhältnismässig geringe Überschuldung es erlaubt habe, Abklärungen im Hinblick auf mögliche Sanierungen vorzunehmen und weil sie daraufhin zudem dem VR eine Frist von 4 bis 6 Wochen zur Bilanzdeponierung hätte ansetzen dürfen. Ohnehin sei die Anzeigepflicht entfallen, weil die Banken durch Verzicht auf Kreditkündigung/Zwangsverwertung sowie durch Kundgabe von Stundungsabsichten konkludent auf die Anzeige verzichtet hätten. Entsprechend habe R im Sommer 1995 sofort Bilanzdeponierung verlangt, als die erste Bank ihren Kredit gekündigt habe.

Das Bundesgericht stellt zuerst fest, dass die Anzeigepflicht primäre Aufgabe des VR sei. Die Revisionsstelle müsse erst dann handeln, wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sehe, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermögen und keine oder keine genügenden Rangrücktritte erfolgt seien; was heisse, dass sich die Überschuldung bei optimistischer Betrachtungsweise nicht mehr leugnen lasse. Diese Regelung sei deshalb erforderlich, weil die Revisionsstelle nicht auf Führungsaufgaben ausgerichtet sei. Die Anzeigepflicht falle daher nur «in extremis» der Revisionsstelle zu. Dann hält das Gericht fest, es sei nicht erforderlich, dass die Überschuldung gross sein müsse, um offensichtlich zu sein. Es genüge, dass

sie sich klar aus den Umständen ergebe. Damit ist geklärt, dass eine Überschuldung auch dann offensichtlich sein kann, wenn sie betragsmässig und prozentual unerheblich ausfällt [47]. Bei einer Bilanzsumme von ca. CHF 10 Mio. [48] betrug die Überschuldung CHF 100 000 bzw. ca. 1 %.

Das Bundesgericht hält fest, dass der provisorische Abschluss 1992 Zweifel an der Überschuldung erlaubt habe und R daher auf der Vorlage definitiver Zahlen beharren dürfe. Erst am 10. August 1994, dem Abgabetag des Revisionsstellenberichtes, habe diese daher Sicherheit über die bestehende Überschuldung gehabt. R hätte daher im vorliegenden Fall Ende September 1994 – unter Einbezug einer Frist von vier bis sechs Wochen – die Anzeige zu erstatten gehabt. Die Verzögerung der Konkursöffnung zwischen Ende September 1994 und dem 7. Dezember 1995 sei daher der Revisionsstelle anzulasten.

Interessant ist, dass auf die Verspätung i. S. v. Art. 699 Abs. 2 OR nicht eingegangen wird [49]. Dies ist v. a. vor dem Hintergrund der Entwicklung der Überschuldung bemerkenswert, stieg diese doch per Ende 1993 auf CHF 5,9 Mio. und Ende 1994 auf CHF 8,9 Mio.! Im Zeitpunkt der verspäteten Berichtsabgabe im August 94 betrug diese also schon ca. 7 Mio.!

#### Exkurs:

Frist zur Bilanzdeponierung oder Überschuldungsanzeige bei geplanter Sanierung?

Interessant ist, dass das Bundesgericht hier erstmals für den VR feststellt, dass seine Sanierungsfrist bei Überschuldung auf maximal 60 Tage beschränkt sei [50]. Dieser Entscheid steht im Gegensatz zum unter altem Aktienrecht ergangenen BGE 116 II 533 [51], wo dem VR ohne zeitliche Beschränkung bei vorhandenen Sanierungschancen weitere Sanierungsversuche erlaubt wurden [52].

Auch in der neueren Literatur findet sich aber immer noch die Meinung, dass der VR bei konkreten Sanierungschancen die Bilanz nicht deponieren müsse [53]. Diese Meinung ist deshalb

nicht haltbar, weil für die Revisionsstelle bei Offensichtlichkeit die Frist von 60 Tagen ohne weiteres eingehalten werden muss. Für sie gilt nicht, dass sie die Erfolgsaussichten von 60 Tage überschreitenden Sanierungschancen beurteilen darf; dies steht unter dem neuen Aktienrecht nur dem Konkurs-(aufschubs)richter zu. Einzig innert dieser Frist vollzogene, voll bilanzwirksame und damit kurzfristige Sanierungen können die Revisionsstelle von der Anzeige abhalten [54]. Weder in der Literatur noch bei den Gerichten wurde dieser altrechtliche Entscheid den Bestimmungen des neuen Aktienrechts angepasst. Es ist widersprüchlich, dem VR bei guten Sanierungschancen beliebig viel Zeit für diese einzuräumen, andererseits der Revisionsstelle aber bei offensichtlicher Überschuldung eine Reaktionszeit von maximal 60 Tagen für die Anzeige einzuräumen. Der Widerspruch kann nur so gelöst werden, dass der VR innert dieser Frist die offensichtliche Überschuldung beseitigen muss. Andernfalls müsste der Revisionsstelle zugestanden werden, dass sie sogar bei offensichtlicher Überschuldung auf die Anzeige verzichten darf, wenn der VR von der Sanierung überzeugt ist. Das entspricht weder dem Gesetzeswortlaut noch seinem Sinn. Es ist zwar richtig, dass die eigentliche «Sanierung» nicht in 60 Tagen erfolgen kann. In der Regel sind langfristige Massnahmen erforderlich. Durch die Anzeigepflicht der Revisionsstelle kann diese langfristige Sanierung jedoch nicht mehr vor dem Hintergrund einer Überschuldung (auch wenn diese zurückgeht) stattfinden, ausser ein Konkursaufschubsrichter erteile die Genehmigung.

Auch ein BGE vom 19. Juni 2001 [55] verknüpft den Entscheid nicht mit den Ausführungen des Entscheides vom 16. November 1999. Ja, es zitiert diesen früheren Entscheid nicht. Sachverhalt: Die Klägerin verlangt vom VR und von der Revisionsstelle Schadenersatz infolge verspäteter Konkurseröffnung [56]. Die Vorinstanz wies darauf hin, dass die Benachrichtigung des Konkursrichters nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht erforderlich gewesen sei, weil rechtzeitig Sanierungsmassnahmen – Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität – eingeleitet worden seien [57].

Obwohl die Revisionsstelle miteingeklagt war, verweist also die Vorinstanz für diese Begründung nicht auf Art. 729b Abs. 2 OR. Sie setzt sich mit anderen Worten mit der Frage der Anzeige durch die Revisionsstelle nicht auseinander. Das Bundesgericht äussert sich dazu auch nicht. Es verweist pauschal auf BGE 116 II 533 und bestätigt, dass bei unverzüglicher Sanierung die Bilanzdeponierung nicht erforderlich sei.

Es schliesst sich zwar den Ausführungen der Vorinstanz nicht an, dies jedoch aus anderen Gründen. Neu verlangt es, dass nicht nur konkrete Sanierungsaussichten vorliegen müssen, sondern es «... müssen die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben sein, da die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen, als wenn der Richter benachrichtigt würde.» Es scheint, dass nun der VR anstelle des Konkursaufschubsrichters selber entscheiden darf. Dies erstaunt, wird damit das Institut des Konkursaufschubs praktisch ausser Kraft gesetzt.

Erfahrungsgemäss wird der VR diese Voraussetzung auch in aussichtslosen Fällen bejahen. Faktisch würde dieser Entscheid – wenn er sich durchsetzt – bedeuten, dass die Anzeigepflicht der Revisionsstelle ad acta gelegt werden kann [58]. In der Botschaft über die Revision des Aktienrechts schlug der Bundesrat nämlich die Einführung des Art. 729b Abs. 2 OR vor [59], weil diese neue, besonders geartete, Anzeigepflicht der Revisionsstelle, eine Konkursverschleppung verhindern und die Gläubiger vor neuen Schulden der Gesellschaft und vor Gläubigerbevorzugungen schützen solle. Die Erfahrung habe nämlich gelehrt, dass der Verwaltungsrat alles daran setze, den schweren Gang zum Richter nicht tun zu müssen. Dies führe nicht selten dazu, fährt der Bundesrat weiter, dass die Konkurseröffnung um Monate hinausgeschoben und der Gläubigerausfall stark vergrössert werde. Mit diesem neuen Kriterium der «Voraussetzungen für einen Konkursaufschub» zeigt das Bundesgericht zwar in die richtige Richtung. Aber eine rechtlich einwandfreie Verknüpfung dieser Rechtsprechung mit Art. 729b Abs. 2 OR ist fällig.

## 2.1.2.2.2 Strafbarkeit des Prüfers

BGE 127 IV 110 ff.

Sachverhalt: Per 31. Mai 1993 wurde eine Zwischenbilanz der K AG errichtet. Sie zeigte eine Überschuldung von CHF 293,468 zu Fortführungswerten. Am 31. August 1993 stellte der Prüfer R einen Revisionsbericht aus. In diesem Bericht hiess es, dass eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten ebenfalls eine Überschuldung ausweise, dass daher der Richter i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR benachrichtigt werden müsse und dass «der VR beabsichtige, kurzfristig der GV einen Sanierungsplan vorzulegen, der die Überschuldung der Gesellschaft drastisch reduzieren werde. Aus diesen Gründen verzichte der VR provisorisch auf die Benachrichtigung des Richters.» Dieser Revisionsbericht wurde der GV der K AG am 30. November 1993 präsentiert.

Der von dieser GV akzeptierte Sanierungsplan hielt fest, dass «die K AG in eklatanter Weise überschuldet sei», und sah vor: neues Darlehen von CHF 100 000 durch einen VR, Kaufvertrag zwischen der K AG und einer neugegründeten E AG [60], wonach die E AG Aktiven der K AG von CHF 623 000 und Schulden von CHF 475 000 zu einem Kaufpreis von CHF 150 000 sowie Personal und Unterhaltsverträge der K AG gegen monatliche Zahlung von CHF 12 000 (monatlich kündbar) übernahm und eine einmalige Vorauszahlung von CHF 50 000 an K AG leistete. Nicht übernommen wurden gemäss diesem Kaufvertrag Schulden der K AG aus Personalvorsorge, AHV und Quellensteuern von CHF 380 000. Ein Jahr später, am 20. Dezember 1994 wurde die GV informiert, das Überleben der K AG sei unmöglich, weil die E AG ihre monatlichen Zahlungen eingestellt habe. R hat keine Anzeige erstattet. Der Konkurs wurde am 8. Mai 1995 eröffnet.

Eine Anwendung der im Entscheid vom 16. November 1999 erarbeiteten Kriterien auf diesen Fall ergäbe folgendes Resultat. Am 31. August 1993 wird der Revisionsbericht erstellt, der die Überschuldung der K AG ausweist. R hätte jetzt 60 Tage Zeit für die Überschuldungsanzeige und müsste diese

spätestens Ende Oktober 1993 einreichen. Das Bundesgericht äussert sich jedoch nicht zum spätesten Zeitpunkt, wohl weil es sich um einen strafrechtlichen Fall handelt. Gegen R wurde Strafanzeige wegen leichtsinnigen Konkurses und Vermögensverfalls eingereicht [61]. Einerseits hält es aber fest, dass R die Offensichtlichkeit der Überschuldung bereits am 31. August 1993 kannte [62]. Andererseits scheint aus dem Tenor des Entscheids hervorzugehen, dass erst die Einstellung der monatlichen Zahlungen durch die E AG (Dezember 1994) die Anzeigepflicht ausgelöst hat. Es dauerte nur schon 90 Tage bis zur Abhaltung der Sanierungs-GV am 30. November 1993. Auch dieser Zeitpunkt liegt bereits einen Monat nach Ende Oktober. Kann diese Fristverlängerung von einem Monat vielleicht durch die geplante GV und die anschliessende weitere Verlängerung um fast ein Jahr durch die getroffenen Sanierungsmassnahmen erklärt werden? Das ist fraglich, denn selbst das Bundesgericht hält fest, dass dem R bereits an der Sanierungs-GV klar gewesen sein müsse, dass diese Massnahmen nicht genügen [63]. Die Gewährung eines Darlehens ohne Rangrücktritt sei keine echte Sanierungsmassnahme [64]. Auch der Verkauf eines Teils der Aktiven und Passiven ist m. E. keine Sanierungsmassnahme, sondern sieht eher nach einer faktischen Liquidation aus. Wenn zudem ein Drittel der Schulden in der K AG zurückgelassen werden, kann nicht von Sanierung die Rede sein. Daran kann auch die Bezahlung einer monatlichen Gebühr von CHF 12000 bei Schulden von CHF 330000 [65] nichts ändern.

Tatsächlich hat das Bundesgericht R mit zehn Tagen Gefängnis bestraft. Es stellt fest, dass Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der K AG zwischen dem 31. Mai 1993 bis zum 20. Dezember 1994 zugenommen hat. Zudem bestätigt es, dass die Unterlassung der Überschuldungsanzeige in einem Kausalzusammenhang mit dieser Verschlechterung stand. Hätte R die Anzeige erstattet, wäre die Verschlechterung nicht in diesem Ausmass eingetreten. Damit wurde im Sinne von Art. 165 StGB «die Vermögenslage verschlimmert». In der Vergangenheit

konnte ein Wirtschaftsprüfer bei einer Pflichtverletzung davon ausgehen, dass er allenfalls zivilrechtlich für Schaden haftbar wurde. Mit diesem Entscheid steht deshalb zusätzlich das Risiko im Raum, dass der Wirtschaftsprüfer sich strafbar macht. Immerhin hält das Gericht fest, mit diesem Entscheid sei nicht gemeint, jede Verletzung einer zwingenden Bestimmung des Obligationenrechts müsse eine grobe Nachlässigkeit in der Ausübung des Berufes bedeuten.

Nebenbei beantwortet das Bundesgericht [66] die interessante Frage, was eine Revisionsstelle tun müsse, wenn sie erfährt, dass die finanzielle Situation der geprüften Gesellschaft sich verschlechtert, wenn sie sogar überschuldet ist, aber die Überschuldung bei optimistischer Betrachtungsweise noch nicht offensichtlich ist. Sie ist nicht verpflichtet, diesen Kunden nun laufend zu überwachen, um den Tag des Eintritts der Offensichtlichkeit nicht zu verpassen, d. h., sie kann dem normalen Lauf ihrer Tätigkeit gemäss bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt zuwarten [67]. Anders erscheint mir die Sachlage, wenn der Prüfer unter dem Jahr sichere Kenntnis der offensichtlichen Überschuldung erlangt. Er muss Frist für die Prüfung von Zwischenbilanzen (Art. 725 Abs. 2 OR) ansetzen und Anzeige androhen [68].

#### 2.1.2.2.3 Verfrüht eingereichte Überschuldungsanzeige?

In der Öffentlichkeit wird den Prüfern vorgeworfen, sie reagierten zu spät und zu milde auf die finanziellen Nöte ihrer Prüfkunden. In der Alltagsrealität sieht sich der Prüfer mit dem gegenteiligen Vorwurf konfrontiert. Der VR bezichtigt den Prüfer der Überängstlichkeit, der Übertreibung, der Fehleinschätzung der Lage usw. Die Reaktionen des Verwaltungsrats fallen z. T. heftig aus. Nicht selten droht er mit sofortiger Abwahl, mit Schadenersatzklagen. Ausstehende Honorarnoten – auch unbestrittene – werden nicht bezahlt, Vorschussforderungen für die in solchen Situationen normalen Zusatzaufwendungen werden ignoriert. Der VR begründet seine Opposition immer ungefähr gleich: Die Sanierung der Gesell-

schaft sei «kein Problem», sei praktisch «gesichert», Kostensenkungsmassnahmen seien im Gang und wirkten sich bereits aus, neue Partner und Geldgeber seien gefunden, «nur» die Verträge müssten noch unterzeichnet werden, und wenn bekannt werde, dass die Revisionsstelle eine Anzeige einreiche, würden die neuen Investoren abspringen usw. Der Hinweis der Revisionsstelle, dass das Konzept des Gesetzgebers es ihr nicht erlaube, Sanierungschancen zu beurteilen, sondern dass der VR seine Argumente vor dem Konkursrichter vorbringen müsse, dass er allenfalls das eigens dafür vorgesehene Instrument des Konkursaufschubs ergreifen solle, geht meist ins Leere. Es ist daher zu begrüssen, dass nun zwei Gerichtsentscheide vorliegen, die diesen Vorwurf klar zurückweisen.

*Entscheid Tribunal 1<sup>ère</sup> Instance Genf vom 14.11.02 (nicht publiziert)/Überschuldungsanzeige wegen Bewertungsunsicherheit bei intaktem Eigenkapital?*

Sachverhalt: R liefert am 7. September 2001 den Revisionsstellenbericht der X AG für das Geschäftsjahr 1999 ab. Er zeigt eine Bilanzsumme von ca. CHF 550 000 und ein Eigenkapital von CHF 312 000. Einziges Aktivum ist eine Forderung gegenüber der Konzernmutter von X im Umfang CHF 550 000. Der Revisionsstellenbericht hält fest: Die grosse Verspätung der Berichtsabgabe rühre daher, dass der Kunde schwer erreichbar sei und sich viel Zeit für die Erstellung des Abschlusses und die Lieferung von Zusatzinformationen gelassen habe. Die Konzernmutter befinde sich in finanziellen Schwierigkeiten, und das Hauptaktivum müsse ev. teilweise oder ganz abgeschrieben werden. Die Fortführung der X sei gefährdet. Der Bericht fügt hinzu, dass die Muttergesellschaft jedoch im Jahr 2000 CHF 360 000 als Gebühreneinnahmen an die X überwiesen habe. Damit wurden die laufenden Kosten gedeckt. Die ausstehende Forderung sei dabei nur geringfügig angestiegen. Aufgrund dieser Geldflüsse in beschränktem Umfang könne noch nicht definitiv bestimmt werden, ob die Forderung teilweise oder ganz abgeschrieben werden müsse. R weist auf Art. 725 OR hin, falls eine Ab-

schreibung im entsprechenden Umfang vorgenommen werden müsste und empfiehlt Abnahme der Jahresrechnung.

Ebenfalls am 7. September 2001 wird der Kunde aufgefordert, umgehend die Jahresrechnung 2000 abzuliefern. Der Kunde reagiert nicht. R mahnt den Kunden wiederholt schriftlich und mündlich. Am 27. November 2001 setzt R eine letzte Frist zur Ablieferung der Jahresrechnung 2000 bis spätestens 10. Dezember 2001. Zudem verlangt R einen Zwischenabschluss per 30. September 2001, um einen Überblick über die aktuelle Finanzlage zu erhalten. Am 14. Dezember 2001 setzt R eine letzte Frist zum Nachweis der Nichtüberschuldung oder einer allfälligen Sanierung, ansonsten droht R, dass er die Anzeige der Überschuldung vornehmen werde.

Am 15. April 2002 trifft eine provisorische Bilanz für das Geschäftsjahr 2000 ein. Diese ungeprüften Zahlen zeigen eine Bilanzsumme von CHF 540 000 und ein Eigenkapital von CHF 280 000. Die Aktiven bestehen wiederum ausschliesslich aus der Forderung gegenüber der Muttergesellschaft. R stellt bei der Durchsicht der Unterlagen fest, dass Steuerrückstellungen fehlen (sie betragen im Vorjahr ca. CHF 50 000), dass kein Saläraufwand gebucht wurde (Vorjahr CHF 168 000), dass keine Rückstellung für das Revisionshonorar gebildet worden ist (ca. CHF 30 000) und dass für die Buchhaltung kein Aufwand zurückgestellt worden ist (Vorjahr ca. CHF 50 000). R stellt zudem fest, dass Beteiligungen gegen X für CHF 112 000 im Gange sind (BVG, Ertragssteuern und Forderungen der Buchhaltungstreuhandstelle).

Für R scheint sich die Situation des Kunden verschlechtert zu haben. Die Mutter hat ihre Schuld nach wie vor nicht beglichen. Die fehlenden Aufwandsbuchungen zeigen, wie dieses desolate Bild verschleiert wird. Der VR weigert sich, die Bilanz zu deponieren, weil nach wie vor Eigenkapital vorhanden sei. Mit derselben Begründung spricht er der R Anzeigerecht und -pflicht ab, denn von offensichtlicher Überschuldung könne keine Rede sein. Schadenersatz wird angedroht.

Gemäss dem Urteil vom 14. November 2002 hat der Konkursrichter den VR am 13. Mai 2002 vorgeladen und ihm eine Frist zur Prüfung und Ablieferung der Jahresrechnung angesetzt. X liefert sowohl Jahresrechnung als auch Prüfbericht einer neuen Revisionsstelle ab. Im 2001 wurde ein Jahresgewinn von CHF 218 000 erzielt. Nach wie vor könnte X überschuldet sein, wenn die Forderung an die Mutter nicht einbringlich ist. Der Richter stellt fest, dass die Gesellschaft jetzt offensichtlich zu Fortführungswerten nicht überschuldet sei, hält aber ausdrücklich fest, dass die alte Revisionsstelle ihre Überschuldungsanzeige unter den vorliegenden Umständen zu Recht gemacht habe.

*Entscheid Obergericht ZH vom 18.3.02 (nicht publiziert) [69]/Illiquidität/Überschuldungsanzeige auch ohne Überschuldung der Zwischenbilanz zu Fortführungswerten?*

Sachverhalt: R war Revisionsstelle der A AG. Anlässlich der Prüfung des Abschlusses 2001 stellt R Anfang Mai 2002 fest, dass die A am Bilanzstichtag zu Fortführungswerten überschuldet war. Zudem war R der Ansicht, dass die Überschuldung zu Liquidationswerten noch höher ausfallen würde und dass die Liquiditätslage sehr angespannt sei. Er verlangte daher vom VR Zwischenbilanzen i. S. v. Art. 725 Abs. 2 OR per 31. März 2002. Der VR dieser im E-Business tätigen Gesellschaft war der Ansicht, R beurteile die Situation viel zu pessimistisch, weil der Fortführungswert der A stark von Zukunftserwartungen abhängt und grossen Beurteilungsspielraum offen lasse.

Die Zwischenbilanzen zeigten zu Fortführungswerten eine leichte Überschuldung und zu Liquidationswerten eine massive Überschuldung. Die Liquiditätslage hatte sich in den ersten fünf Monaten zusätzlich angespannt. Der Liquiditätsplan sah vor, dass in ca. vier Wochen Illiquidität eintritt. Der Prüfbericht zu den Zwischenbilanzen bestätigte die Überschuldungen. R forderte den VR auf, innert zweier Wochen die Bilanz zu deponieren, ansonsten er die Überschuldungsanzeige einreichen würde. In dieser Zeit gelang es dem VR, einen Teil des Lagerbestan-

des zu verkaufen und damit nachzuweisen, dass die Überschuldung zu Fortführungswerten beseitigt war. Die Liquiditätslage entschärfte sich dadurch für einen Monat.

R anerkannte, dass durch den Verkauf die aktuelle Überschuldung zu Fortführungswerten beseitigt sei. Allerdings sei die Eigenkapitalbasis schmal. Zudem verlangte er vom VR dennoch umgehende Deponierung der Bilanz, weil die Liquiditätslage keinen anderen Ausweg zulasse. Wieder drohte R, dass er die Überschuldungsanzeige beim Konkursrichter einreichen werde, sofern der VR die Bilanzdeponierung unterlasse. Der VR stellte sich entschieden gegen diese Forderung, verwies auf den Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR, der ausdrücklich von der Überschuldung in beiden Zwischenbilanzen ausgehe und drohte R mit der obligaten Schadenersatzklage.

R argumentierte folgendermassen: Es sei praxisüblich, dass die Liquidität mindestens für ca. ein Jahr gesichert sein müsse, ansonsten nicht von einer gesicherten Fortführung ausgegangen werden könne. Liquidität für vier oder acht Wochen genüge nicht. Eine Gesellschaft, deren Fortführungsfähigkeit nicht gesichert sei, entbehre einer Basis für die Bilanz zu Fortführungswerten. Solange die Liquidität nicht gesichert sei, sei aus Gläubigersicht nur die Liquidationsbilanz relevant. Möchte der VR auf die Bilanzdeponierung verzichten, so müsse er daher die Deckungslücke der Liquidationsbilanz abdecken. Das Obergericht ZH schloss sich dieser Ansicht an:

«b) Der Verwaltungsrat liess per 31. März 2001 eine Zwischenbilanz erstellen. Anlässlich der Prüfung dieser Bilanz stellte die Revisionsstelle am 1. Juni 2001 eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten fest, weshalb grundsätzlich der Konkurs hätte eröffnet werden müssen. Gleichtags setzte sie der X-AG Frist bis zum 11. Juni 2001, innert welcher der Verwaltungsrat selber die Bilanz gemäss Art. 725a OR deponieren solle oder den Nachweis zu erbringen habe, dass die Liquidität gesichert und die Überschuldung beseitigt sei. In der Folge konnte durch erfolgreiche Produktverkäufe die Situation per 31. Mai 2001 verbessert sowie mittels Rangrücktritten die Überschuldung zu Fortführungswerten abgedeckt werden, wie aus dem Schreiben der Revisionsstelle vom 19. Juni 2001 an die X-AG hervorgeht. Dies blieb unbestritten, und es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 161 GVG). Auf dieses Schreiben vom 19. Juni 2001 stützt sich

nun die X-AG und macht geltend, da eine Überschuldung zu Fortführungswerten kraft eigener Feststellung der Revisionsstelle nicht mehr bestanden habe, sei die Anzeige unbegründet gewesen. Dabei liess sie indes die weiteren Ausführungen der Revisionsstelle in diesem Schreiben – wie letztere zu Recht feststellt – vollständig unbeachtet. So hält nämlich die Revisionsstelle weiter fest, dass von einer Fortführungsfähigkeit nur dann die Rede sein könne, wenn die Liquidität mindestens für ca. ein Jahr gesichert sei, was vorliegend leider nicht der Fall sei. Vielmehr würde die Liquidität lediglich für weitere zwei Monate ausreichen. Damit würden die Fortführungswerte einer Grundlage entbehren, weshalb per 31. Mai 2001 nach wie vor von einer Überschuldung ausgegangen werden müsse. Der Revisionsstelle ist darin vollumfänglich beizupflichten. Von der Fortführungsfähigkeit einer Gesellschaft ist dann auszugehen, wenn die Weiterführung der Unternehmenstätigkeit hinreichend, d. h. zeitlich unbeschränkt oder zumindest über einen längeren Zeitraum gewährleistet ist, ansonsten der Revisionsstelle innert kürzester Zeit erneut eine Zwischenbilanz vorgelegt werden müsste (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. § 51 N 45, Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 1693). Wenn also die Revisionsstelle feststellte, dass die Liquidität nur für weitere zwei Monate gesichert war, was im übrigen seitens der X-AG unbestritten blieb, konnte nicht ernsthaft von der Fortführung der Gesellschaft gesprochen werden. Die Revisionsstelle ging mithin zutreffend davon aus, dass per 31. Mai 2001 die Überschuldung zu Fortführungswerten nach wie vor begründet war. Entgegen der Vorinstanz ist damit die Liquidationsbilanz, welche eine Überschuldung von Fr. -1,14 Mio. aufwies, durchaus zu beachten. Der X-AG gelang es in der Folge wiederum nicht, innert der von der Revisionsstelle letztmals angesetzten Frist bis zum 2. Juli 2001 ihre Liquiditätssituation zu verbessern, ebenso wenig deponierte sie bis zu diesem Datum die Bilanz beim Konkursrichter. Unter diesen Umständen ging die Revisionsstelle zu Recht von einer offensichtlichen Überschuldung aus und war damit gemäss Art. 729b Abs. 2 OR verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen.»

Dies deckt sich auch mit der Behandlung des Liquiditätsthemas durch die Treuhand-Kammer [70]:

«Die Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze des OR beruhen auf der Prämisse der zeitlich nicht begrenzten Unternehmensfortführung (Going-Concern). Die gesetzlichen Höchstwerte werden daher auch als Fortführungswerte bezeichnet. Falls die Going-Concern-Prämisse nicht mehr zutrifft, muss in der Bilanz von Fortführungs- auf Veräusserungswerte umgestellt werden.»

Weiter heisst es im GzA Nr. 13 [71], dass der Abschlussprüfer die Fortführung der Unternehmenstätigkeit verneinen muss, wenn ein unabwendbarer Liquiditätsengpass vorliege. Diese Ausführungen beziehen sich auf die ordentliche Jahresbilanz. Es liegt auf der Hand, dass man diese Überlegungen für die Zwischenbilanzen gemäss Art. 725 Abs. 2 OR heranziehen kann. Sie gelten umso mehr, als ja bereits die

Situation von Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt und die Liquiditätsknappheit gravierende Auswirkungen haben kann.

### 2.1.2.3 Zur Hinweispflicht der Revisionsstelle nach Art. 729b Abs. 1 OR

#### 2.1.2.3.1 Allgemeines

Welche Gesetzesverletzungen umfasst dieser Artikel, und welcher Gewissheitsgrad über die Gesetzes- oder Statutenverletzung muss vorhanden sein? Die Treuhand-Kammer [72] hält fest, dass nicht nur das Aktienrecht, sondern alle schweizerischen Gesetze erfasst werden. Beispiele finden sich im Handbuch der Wirtschaftsprüfer (HWP) [73], bei Eggmann [74] und im Basler Kommentar [75]. Verdacht [76] auf mögliche deliktische Handlungen, der sich im Rahmen der Abschlussprüfung nicht ausräumen lässt, genügt, um den Hinweis platzieren zu müssen [77].

Ungeklärt ist auch der Hinweiszeitpunkt. Das Gesetz äussert sich dazu nicht. Das ist verständlich, weil sich im Normalfall der Zeitpunkt von selber ergibt. Die Revisionsstelle ist meist nur wenige Tage [78] beim Kunden, und die oGV findet kurz danach statt. Hinweise an die GV [79] werden regelmässig in den Prüfbericht integriert, wobei das Gesetz die Form des Hinweises nicht vorschreibt. Denkbar ist mündliche oder briefliche Berichterstattung an die GV [80]. Damit ist im Normalfall gewährleistet, dass der Hinweis zeitgerecht erfolgt. Was ist, wenn die Revisionsstelle mitten im Jahr von einer Gesetzesverletzung erfährt oder wenn die GV erst in Monaten geplant ist? Darf sie bis ein Jahr warten, d. h. bis zur nächsten Berichtsabgabe/GV?

In der Literatur finden sich kaum Stellungnahmen: Die Treuhand-Kammer geht davon aus, dass ein Hinweis in den Prüfbericht integriert wird, und äussert sich nicht, ob dieser anders erfolgen kann oder muss [81]. Einzig HWP 4.12124 geht davon aus, dass der Hinweis auf Art. 725 Abs. 1 OR im Prüfbericht dann nicht genüge, wenn der VR nicht unverzüglich zur oGV einlade. Dann müsse die Revisionsstelle die Sanierungs-GV (Art. 699

Abs. 1 OR) selber einberufen [82]. Gleicher Meinung sind Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel [83]. Zusätzlich gehen sie davon aus, dass die Revisionsstelle vom Einberufungsrecht auch Gebrauch machen könne, wenn der GV schwerwiegende Verstösse gegen Gesetz und Statuten mitzuteilen sind. Eggmann geht weiter und verlangt von der Revisionsstelle nicht nur Einberufung im Falle von Art. 725 Abs. 1 OR [84], sondern immer, wenn die oGV nicht kurzfristig stattfindet [85]. Böckli [86] scheint davon auszugehen, dass die Hinweispflicht an die GV nur anlässlich der oGV wahrgenommen werden muss.

#### 2.1.2.3.2 Hinweispflicht Verletzung qualifizierter Gründungsvorschriften

BGE 128 III 180 ff.

Sachverhalt: Am 28. Februar 1992 wurde die Z AG mit einem Aktienkapital von CHF 400 000 gegründet. Das Aktienkapital wurde einerseits durch Bareinlage im Umfang von CHF 100 000 und durch Sacheinlage eines Heizungsgeschäftes im Umfang von CHF 300 000 liberiert. Im Gründungszeitpunkt galt das alte Aktienrecht. Für Sacheinlagen schrieb es vor, dass die Statuten über den Gegenstand, die Bewertung und Anrechnung sowie die Person des Sacheinlegers und die Zahl der ihm dafür zukommenden Aktien Aufschluss zu geben haben (Art. 628 Abs. 1 aOR). Auch verlangte Art. 638 Abs. 2 Ziff. 2 aOR zudem die Bestätigung, dass das Aktienkapital zur freien Verfügung der Gesellschaft stehe. Die Gründer hielten jedoch die Vorschriften des alten Aktienrechts nicht ein. Mit Hilfe von Darlehen wurden CHF 400 000 Bargeld auf dem Gründungskonto deponiert und die Heizungsfirma für CHF 300 000 gekauft. Der erste Jahresabschluss vom 31. Dezember 1992 zeigt einen Jahresverlust von CHF 4400 und wurde von der oGV genehmigt. Ein vorbehaltloser Revisionsbericht lag vor. Im Februar 1994 zeigten die Abschlusszahlen für das Geschäftsjahr 1993 einen Verlust von CHF 370 000. Der VR deponierte die Bilanz. Für 1993 wurde kein Revisionsbericht erstellt. Am 23. Februar 1994 wurde der Konkurs

eröffnet. Die Überschuldung betrug CHF 3,5 Mio. In der Verantwortlichkeitsklage wurde R vorgeworfen, im Bericht den Hinweis auf die Gesetzesverletzung bei der Gründung unterlassen zu haben (Art. 729b Abs. 1 OR).

Das Bundesgericht stellt tatsächlich fest, dass die Gründungsvorschriften verletzt worden seien [87]. Es ist davon auszugehen, dass der Prüfer diese Gesetzesverletzung in den Bericht hätte aufnehmen müssen. Das Bundesgericht äussert sich zur Pflichtverletzung von R nur indirekt, indem es festhält, dass es am Nachweis eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden fehle (dazu hinten Ziff. 2.3.2) und die Klage deshalb abzuweisen sei [88].

Die Verletzung der Gründungsvorschriften wird in den entsprechenden Beispielen im HWP nicht erwähnt. Trotzdem ist klar, dass diese Vorschriften dazugehören [89]. Dies gilt analog im neuen Aktienrecht [90]. So müssen die Gründer neu in einem schriftlichen Bericht Rechenschaft über die Sacheinlagen und deren Bewertung ablegen (Art. 635 OR). Zudem muss ein Revisor den Gründungsbericht prüfen und schriftlich bestätigen, dass dieser vollständig und richtig ist (Art. 635a OR). Oft erfährt die Revisionsstelle bei den ersten Kundenkontakten (z.B. bei der Mandatsannahme), wie der Kunde die Gesellschaft zu gründen beabsichtigt. Eine Pflicht zur aktiven Abklärung aller Gründungsdetails besteht allerdings für die Revisionsstelle nicht.

Interessant ist, dass die Frage der Pflichtverletzung nicht mit der Frage der Überbewertung der Sacheinlage verknüpft wurde. Die Situation sieht anders aus, wenn der Prüfer von einer Überbewertung ausgeht. Dies kann kurz nach der Gründung dazu führen, dass der Prüfer den VR auf die Situation einer Besorgnis der Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR aufmerksam machen müsste, weil bereits ein Teil oder das ganze Aktienkapital ungedeckt ist. Zudem kann dies die Beurteilung beeinflussen, ob ein «wichtiger Fall» i.S.v. Art. 729b Abs. 1 OR vorliegt.

### 2.1.2.3.3 Hinweispflicht Klumpenrisiken

*BGE vom 25.6.03 [91]*

Die aktienrechtlichen Revisoren der Spar- und Leihkasse Thun hätten in ihrem Kontrollstellenbericht vom 7. Februar 1991 Hinweise auf ihnen aus dem Bericht der bankengesetzlichen Revisionsstelle bekannte Risiken anbringen müssen. Es handelte sich um Klumpenrisiken auf Aktivkrediten, die das gemäss Bankengesetz [92] zulässige Mass überschritten. Auf Drängen des VR liessen sie sich davon abbringen. Das Bundesgericht beanstandete dies als Pflichtverletzung [93].

### 2.1.2.3.4 Hinweispflicht nicht ordnungsgemässe Buchführung

*BGE vom 3.3.98 [94]*

Sachverhalt: Die Kontrollstelle K übernahm vor dem Jahr 1985 die Führung der sich in einem desolaten Zustand befindenden Bücher des Prüfkunden X. Die Buchhalterin der X hatte in den Jahren 1985 bis 1989 Veruntreuungen begangen. K erkannte aufgrund des Zustandes der Unterlagen diese Veruntreuungen nicht, wies jedoch den VR mehrfach auf fehlende Unterlagen und Unklarheiten hin. K wurde 1988 abgewählt, als sie mangels Klärbarkeit der Fragen entsprechende Abschreibungen verlangte. Später kamen die Veruntreuungen zum Vorschein.

Für die Beurteilung der Pflichtverletzung der K wendet das Bundesgericht einen erhöhten Sorgfaltsmassstab an, weil das Zusatzmandat der Buchführung das Wissen der K vergrössert. Das Bundesgericht wirft K vor, sie hätte den VR schriftlich und ausdrücklich auf die Mängel in der Buchführung hinweisen und zudem die Prüfung verweigern müssen [95].

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass Mängel in der Buchführung im Revisionsbericht zu Einschränkungen und nicht zu Hinweisen führen. Das Bundesgericht geht dennoch von einem unterlassenen Hinweis an den VR aus. Diese Vermischung kann in casu nur mit der speziellen Kombination Beauftragtenstellung/Kontrollstelle erklärt werden. Der Fall zeigt, dass Zu-

satzmandate die Sorgfaltspflichten erhöhen. Klar – und zu Recht – geht aus dem Entscheid hervor, dass die Kombination Kontrollstelle/Buchführung rechtlich unter Unabhängigkeitskriterien nicht zu beanstanden ist [96]. Erstaunlich ist, dass die eventuelle Hinweispflicht an eine einzuberufende GV (oben 2.1.2.3.1) nicht diskutiert wird.

### 2.1.2.3.5 Unterlassener Hinweis Art. 725 Abs. 2 OR Alternativen zum Rangrücktritt

*BGE vom 14.12.99 [97]*

In diesem Entscheid äussert sich das Bundesgericht nebenbei zur Frage, ob «Deckungsgarantien» bzw. Garantien und Patronatserklärungen als Alternativen zum Rangrücktritt in Frage kommen. Die Gesellschaft war überschuldet, und die Revisionsstelle unterliess gestützt auf Deckungsgarantien die Anzeige. Garantien sind kein Ersatz für einen Rangrücktritt [98]. Das Bundesgericht nimmt hier erstmals in dieser Weise Stellung [99].

### 2.1.2.3.6 Unterlassener Hinweis Art. 725 Abs. 2 OR/Reduktion rangrücktrittsbelastetes Darlehen

*BGE 129 III 129 ff. [100]*

Sachverhalt: R war Revisionsstelle der X AG. Gleichzeitig führte R die Bücher der X und hatte damit auch Einblick in das passive Aktionärskonto von Aktionär D. R beriet X auch in anderen Belangen. Am 12. Dezember 1990 stellte X die Produktion ein. Bis zum 31. Dezember 1990 betrug der Jahresverlust CHF 491 000 bei einem Aktienkapital von CHF 900 000. Das Aktionärsdarlehen betrug CHF 1 308 000. An der oGV vom 27. Juni 1991 wurde festgehalten, dass die Zukunft der X von einem Garantieprozess abhängt. Das Überleben der X wurde einzig durch die bisherigen finanziellen Zuwendungen des D ermöglicht.

Im Geschäftsjahr 1991 betrug der Jahresverlust der X CHF 938 000. Der Verlustvortrag stieg auf CHF 1 430 000. Das Aktionärsdarlehen betrug nun CHF 2 306 000. Am 19. August 1992 erklärte D Rangrücktritt auf diesem Betrag. Der Revisionsbericht vom 21. Au-

gust 1992 verwies auf Art. 725 OR, konnte aber wegen des Rangrücktritts auf weitere Massnahmen verzichten.

Im Geschäftsjahr 1992 betrug der Jahresverlust CHF 638 000. Der Verlustvortrag stieg auf CHF 2 067 000. Das Aktionärsdarlehen nahm um weitere CHF 344 000 zu [101], obwohl D im gleichen Jahr Waren von der X im Betrag von CHF 161 000 gekauft und durch Verrechnung mit seinem Darlehen getilgt (Zeitpunkt unbekannt) hatte. Da D weitere Fakturen der X im Umfang von CHF 158 000 bezahlte, nahm das Darlehen per Saldo trotzdem zu. Der Revisionsbericht vom 16. Juni 1993 verwies auf Art. 725 OR und erklärte, der Rangrücktritt (CHF 2 306 000 vom 19. August 1992) genüge eventuell nicht mehr, falls die vorhandenen Maschinen nicht für mindestens CHF 320 000 verkauft werden könnten (der Verlustvortrag würde nämlich auf CHF 2 387 000 steigen). Die Maschinen waren unverkäuflich. Der Konkurs wurde am 16. August 1993 eröffnet.

Abtretungsgläubiger der Konkursmasse X klagten gegen R auf Erstattung von CHF 161 000 plus Zins. Sie warfen R vor, sie sei als Buchhalterin bei Verbuchung der unerlaubten Verrechnung von CHF 161 000 darauf aufmerksam geworden und hätte als Revisionsstelle mit einem Hinweis auf die Verletzung

von Art. 725 Abs. 2 OR reagieren sollen. Zwar muss die Revisionsstelle solche Gesetzesverletzungen nicht aktiv suchen [102], aber es leuchtet ein, dass sie als Buchhalterin regelmässig informiert wird. Die Bedeutung des Terminus «...bei der Durchführung ihrer Prüfung...» (Art. 729b Abs. 1 OR) wird in einem solchen Fall auf diese Tätigkeit als Buchhalterin ausgedehnt [103]. Genau wie im BGE vom 3. März 1998 (oben 2.1.2.3.4) handelt es sich um eine Revisionsstelle, die als Buchhalterin des Prüfkunden erhöhter Sorgfaltspflicht ausgesetzt ist.

Das Bundesgericht hält fest, dass R als Beauftragte durch Verbuchung der fraglichen Transaktion keinen Fehler begangen habe [104]. Als Revisionsstelle müsste ihr aber klar gewesen sein, dass die Vorschriften zum Rangrücktritt damit verletzt werden, weil Verrechnungen bei andauernder Überschuldung verboten sind. Erstens wurde dabei die Gesellschaft geschädigt, weil sie in einer schwierigen Situation Aktiven veräusserte, ohne dass die Liquidität sich verbesserte [105]. Zweitens wurde damit ein Gläubiger bevorzugt. Zudem hätte R als Buchhalterin merken müssen, dass ein genehmigungsbedürftiger Fall von Selbstkontrahieren vorlag [106]. Damit ist für das Bundesgericht erstellt, dass R eine schriftliche Hinweispflicht i.S.v. Art.

729b Abs. 1 OR an die «gesetzlich vorgesehenen Organe» hatte [107]. Offen bleibt, wie und an wen dieser Hinweis hätte gerichtet werden sollen. Hätte nur der VR oder auch die GV informiert werden müssen? Hätte unverzüglich eine GV einberufen werden müssen [108]?

Die Vorinstanz hatte die Verrechnung als zulässig erachtet, weil 1992 der Saldo des Aktionärsdarlehens netto um CHF 344 000 zugenommen habe und weil dieser Saldo bis zur Konkursöffnung nicht mehr abnahm, womit die anderen Gläubiger nicht benachteiligt, sondern sogar bevorzugt worden seien. Das Bundesgericht verwirft dieses Argument mit der Begründung, dass dies nichts daran ändere, dass durch die Verrechnung ein Teil der Aktiven aus der Gesellschaft abgeflossen seien [109]. Dieses Argument leuchtet nicht ein. Was ist dagegen einzuwenden, wenn ein Gläubiger sein rangrücktrittsbelastetes Darlehen zwar verbotenerweise durch Verrechnung reduziert, anschliessend aber durch Wiedereinzahlung den Fehler rückgängig macht? Die Argumentation des Bundesgerichtes macht dann Sinn, wenn die Verrechnung ausdrücklich die belastete Forderung betraf und die Erhöhungen des Saldos nicht dem Rangrücktritt unterstanden. Denkbar wäre auch, dass die Saldozunahme zeitlich

Anzeige

TREUHAND  KAMMER  
CHAMBRE  FIDUCIAIRE

Vertrauen hat das  
solidere Fundament  
als Gewinn.

## Büropartnerschaft Anwaltskanzlei-Treuhandbüro

Auf Sommer 2004 werden in unserer Anwaltskanzlei (www.wp-law.ch) im Herzen von Zürich, direkt am Bellevue mit Blick auf den Zürichsee, einfache und stilvolle Büroräume frei. Ich suche humorvolle Treuhänder/Innen mit menschlichen Qualitäten und eigenem Klientenstamm welche mit einem kleinen Anwaltsbüro eine Bürogemeinschaft auf der Basis einer Unkostenbeteiligung (Miete, Infrastruktur, Sekretariat) eingehen möchten. Wer sich angesprochen fühlt, melde sich unter widmer@wp-law.ch für eine erste Kontaktnahme.

**Dr. Christian Widmer**

vor der Verrechnung erfolgte. Dann hätte D argumentieren können, dass die Verrechnung nur den freien Teil des Darlehensaldos betreffe [110].

## 2.1.2.4 Bestandesprüfung/Unterlassene Abstimmung Banksaldi/ fehlende Einschränkung

*BGE 127 III 453 ff. [111]*

Die Pflichtverletzung [112] des Prüfers bestand darin, dass er die Banksaldi nicht auf Übereinstimmungen mit der Buchhaltung prüfte. Die Pflichtverletzung auf seiten des Revisors war unbestritten. Sie ermöglichte Veruntreuungen im Zeitraum von 1982 bis 1992 im Umfang von CHF 1 Mio.

## 2.1.2.5 Bewertungsprüfung/ Steuerrückstellungen/fehlende Einschränkung

*Handelsgericht ZH vom 6.12.02*

Zu den in 1.2 und 2.1.2.2.3 erwähnten überrissenen Anforderungen an den Prüfer kommt dazu, dass zunehmend der Prüfkunde für eigene Fehler die Revisionsstelle haftbar machen will. Häufig geschieht dies im Zusammenhang mit der Mehrwertsteuer, wo Steuerrevisionen oft erhebliche Nachforderungen auslösen, weil dieses relativ neue Instrument noch nicht voll eingespielt ist. Selbst wenn die Gesellschaft sich von anwaltlichen Steuerexperten beraten liess [113] versuchen sie Nachforderungen mit der Begründung der Revisionsstelle anzulasten, diese habe ja die Position Steuern geprüft und nichts angemerkt. In solchen Fällen stoppt der Kunde als erstes meist alle Honorarzahungen, auch diejenigen für ordentlich erbrachte Prüfungsleistungen und verlangt Anerkennung der Verrechnung für künftige Kosten.

Ein ähnlicher Fall wurde vom Zürcher Handelsgericht am 6. Dezember 2002 [114] zugunsten der Revisionsstelle entschieden. Sachverhalt: Die Gesellschaft X unterliess es aus unerklärlichen Gründen jahrelang, Steuererklärungen einzureichen. Die Einschätzungen erfolgten von Amtes wegen und fielen höher aus als gerechtfertigt. X behauptete, dass die Revisionsstelle für die steuerlichen Probleme mitverantwortlich sei und

die Diskrepanz zwischen Ertragslage und Steuersumme hätte entdecken sollen. Auch hätte sie die Einschätzungen überprüfen müssen.

Das Handelsgericht hält im rechtskräftigen Entscheid fest: Die Revisionsstelle prüft Übereinstimmung von Jahresrechnung und den Grundsätzen ordnungsmässiger Buchführung. Sie prüft mit freiem Ermessen nach dem Grundsatz der Wesentlichkeit diejenigen Positionen, die kritisch erscheinen. Gehören die Steuerpositionen – wie in casu – nicht dazu, so könne es ohne weiteres sein, dass sie sich damit nicht oder nur oberflächlich befasse. Daran könnte sogar Kenntnis von den Mahnungen der Steuerbehörden zur Einreichung der Steuerklärung nichts ändern. Auch wenn sie die Ermesseneinschätzungen gesehen hätte, stehe damit nicht fest, dass diese von der X nicht gewollt war. Es sei nicht an der Revisionsstelle, die Geschäftsführung zu überwachen. Auch handle es sich bei der Nichteinreichung der Steuererklärung nicht um eine Gesetzesverletzung i. S. v. Art. 729b Abs. 1 OR, da die Folge Einschätzung nach Ermessen sei. Im übrigen müsse die Revisionsstelle nicht nach Gesetzesverletzungen fahnden. Eine Hinweispflicht bestand nicht.

## 2.1.2.6 Faktische Revisionsstelle/ fehlende Einschränkung/keine GV

*BGE 119 II 255 ff. [115]*

Kann eine faktische Revisionsstelle, welche immerhin drei Prüfberichte für drei Geschäftsjahre erstellt hatte, für fehlerhafte Berichte verantwortlich gemacht werden? Aus dem Entscheid geht die Art der vorgeworfenen Pflichtverletzung nicht hervor. Da der VR in dieser Zeit nie eine GV durchführte, verneint das Bundesgericht die Haftung, weil auch ein falscher Revisionsbericht eine GV, die nicht abgehalten werde, nicht täuschen könne.

Interessant ist, dass die in der Literatur diskutierte Pflicht des Prüfers zur Einberufung der GV [116] nicht angesprochen wird. Spätestens im 2. Berichtsjahr hätte ein Hinweis auf Art. 699 Abs. 2 OR erfolgen müssen. Dies ist eventuell damit erklärbar, dass die Gesellschaft von einem – für die Misswirt-

schaft verantwortlichen – Alleinaktionär gehalten wurde und die drei Verwaltungsräte bestens im Bild waren. Information der GV wäre zwecklos gewesen (nachstehend 2.3.2).

## 2.1.2.7 Bestandesprüfung/ Unterlassene Lagerprüfung/ fehlende Einschränkung

*BGE vom 28.9.00 [117]*

Sachverhalt: R war Revisionsstelle der X AG seit 1985. Der Revisionsbericht für das Geschäftsjahr 1987 war vorbehalten. 1988 beteiligte sich ein Investor neu an der X, wobei er sich u. a. auf diesen Bericht abstützte. Der Bericht 1988 war ebenfalls vorbehalten. Ab 23. Dezember 1988 nahm der Investor Einsitz in den VR. Zugang zu den Akten erhielt er erst ab Mai 1989. Ab Juni 1989 entdeckte er Überbewertungen des Warenlagers seit 1987 im Umfang von CHF 325 000, welche zur Überschuldung und Konkursöffnung Ende 1989 führten.

R hatte das Warenlager in den Jahren 1987 bis 1989 nie geprüft, sondern dem VR vertraut. Das Verhältnis von Bilanzsumme und Lagerwert hätte eine mindestens stichprobenweise Überprüfung verlangt [118]. R hätte die Verletzung von Art. 666 OR entdecken und eine Einschränkung im Bericht anbringen müssen [119]. Die Pflichtverletzung war erstellt.

## 2.1.3 Dritthaftung der Revisionsstelle

*BGE vom 19.12.97*

Seit längerer Zeit umstritten ist, inwieweit die Revisionsstelle Schutzfunktionen zugunsten Dritter, d. h. künftiger Aktionäre und Gläubiger (potentieller Investoren), habe. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung diese Frage wiederholt angesprochen, dabei jedoch in meist unbestimmter Weise auf «öffentliche Funktionen» der Revisionsstelle hingewiesen [120]. Einzig in BGE 106 II 232 ff. nennt es ausdrücklich künftige Gläubiger oder Aktionäre als zu Schützende, allerdings ohne Begründung. In der Lehre sind die Meinungen mit guten Begründungen geteilt [121]. Insgesamt am fundiertesten erscheint die Ansicht von Ruoss [122]. Sie basiert auf einer Gesamtsicht, wür-

dig in angemessener Weise die rechtlichen Möglichkeiten der wenigen Instrumente, welche der Revisionsstelle zur Verfügung stehen, und kommt zum Schluss, dass die Revisionsstelle gemäss Art. 755 OR nicht für potentielle Investoren haften kann und muss [123]. Haften kann sie höchstens gemäss Art. 41 OR oder Art. 55 Abs. 3 ZGB wegen unerlaubten Handlungen eines Organs. Anders ist es nur für die Anzeigepflicht bei offensichtlicher Überschuldung gemäss Art. 729b Abs. 2 OR, die auch für potentielle Investoren von Bedeutung ist [124].

Auch für Böckli [125] ist selbst der fehlerhafte Revisionsbericht keine Haftungsgrundlage für Investoren. Eine Ausnahme macht Böckli dann, wenn der Investor Opfer einer unerlaubten Handlung der Revisionsstelle i.S.v. Art. 41 OR wird. Dies wird wohl dann der Fall sein, wenn die Revisionsstelle die Bedeutung des Berichts für einen Investor kennt, weil dieser sich direkt an sie gewendet hat und die Revisionsstelle darauf nicht reagiert [126].

Auch Forstmoser beurteilt die Rechtslage analog [127]. Der Revisionsbericht nimmt zu den Kriterien, die den Investor am meisten interessieren, die finanzielle Gesundheit der Gesellschaft, die Qualität der Geschäftsführung und die Zukunftschancen, überhaupt nicht Stellung [128]. Für die Prüfpflichten der Revisionsstelle hingegen sieht Forstmoser eine Schutzfunktion auch zugunsten künftiger Investoren [129].

Trotzdem hat das Bundesgericht im Entscheid vom 19. Dezember 1997 [130] klargestellt, dass ein potentieller Investor, der sämtliche Aktien einer Gesellschaft gestützt auf einen fehlerhaften Revisionsbericht erworben hat, klagelegitimiert sei. Speziell an diesem Fall war, dass der Investor vor dem Kauf die Revisionsstelle schriftlich kontaktiert und ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht hatte, dass der Revisionsbericht zu einer bestimmten Bilanz einen wesentlichen Teil des Kaufvertrages bilde, weil übliche Garantien des Verkäufers fehlten. Die Revisionsstelle hatte darauf nicht reagiert [131]. Muss die Revisionsstelle nun auf jedes Schreiben, welches in ir-

gendeiner Form auf einen Revisionsbericht Bezug nimmt, sofort reagieren und jede Haftung ablehnen [132]? Das Bundesgericht basierte diesen Entscheid aber nicht auf dieser speziellen Vertrauensstellung. Es geht allgemein von Drittschutzfunktionen der Revisionsstelle aus [133]. Es stützt sich dabei auf wenige Indizien [134] und setzt sich mit den begründeten Gegenargumenten nicht auseinander.

Der Entscheid ist noch aus einem anderen Grund erstaunlich. Der fragliche Revisionsbericht war nämlich in erheblicher Weise eingeschränkt [135]. Er enthielt Einschränkungen zu den Fortführungswerten infolge ernsthafter Liquiditätsprobleme, zu Klumpenrisiken auf konzerninternen Forderungen sowie zu unterlassenen Abschreibungen, die zur Überschuldung führen würden. (Bei Eigenkapital von CHF 1,45 Mio. schätzte die Revisionsstelle den Abschreibungsbedarf auf «den grössten Teil» des Forderungsbetrages von CHF 10,1 Mio.) Zudem weist der Bericht auf einen Verstoß gegen Art. 680 OR hin (Verbot der Einlagerückgewähr) und darauf, dass der VR trotz Besorgnis der Überschuldung die Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR nicht wahrnehme. Aus dieser Sicht wird es verständlicher, dass die Revisionsstelle auf das Schreiben des Investors nicht reagiert hat. Es ist erstaunlich, dass gemäss diesem Bundesgerichtsentscheid ein Investor nicht einmal bei einem derart eingeschränkten Bericht eigene Abklärungen zur Werthaltigkeit der Aktiven vornehmen muss. Es ist zwar richtig, dass die Revisionsstelle die Rechnung hätte zurückweisen müssen [136]. Sie kommt auch mit dem Hinweis auf künftige Sanierungschancen [137] (bzw. den fraglichen Verkauf!) nicht darum herum. Auf diesen Fehler lässt sich das Vertrauen des Investors auf Werthaltigkeit der Aktien jedoch wahrlich nicht abstützen.

Klar ist, dass sich das Haftungsrisiko der Revisionsstelle ausgeweitet hat [138]. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht sich mit den Gegenargumenten [139] befasst und die Rechtsprechung anpasst. Die Revisionsstelle muss gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und entgegen wichtiger [140] Autoren in der Literatur damit rech-

nen, dass beliebige Dritte auf ihre Berichte vertrauen dürfen. Sie tut gut daran, dieses Vertrauen in jedem Einzelfall sofort zu relativieren, wenn sie erfährt, dass ein Investor auf ihre Berichterstattung baut [141].

Die Folgen dieser Rechtsprechung werden in praxi allerdings durch den oben besprochenen BGE 122 III 176 ff. eingeschränkt, kann doch im Konkursfall eine solche Haftungsklage weder von Aktionären noch Gläubigern geltend gemacht werden, weil die Berichterstattungspflicht eine Norm mit doppelter Schutzfunktion ist. Nur im Fortführungsfalle kann ein Aktionär eine solche Klage anstrengen [142].

## 2.2 Schaden

### 2.2.1 Allgemeines

Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass der verantwortlichkeitsrechtliche Schaden aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand besteht, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte [143]. Unter dem neuen Aktienrecht wurde dies mehrfach bestätigt, weil die meisten Kläger diese Berechnungen vernachlässigen und vermeiden [144]. Dabei versuchen sie, die Beweislast auf die Revisionsstelle zu verschieben. Dieser wird der Nachweis zugemutet, es sei kein Schaden entstanden oder er sei kleiner, als eine von den Klägern willkürlich behauptete Zahl [145]. Oft wird versucht, die Beweislast über Art. 42 Abs. 2 OR dem Gericht «aufzubürden». Schadensberechnungen sind jedoch möglich und zumutbar, so dass Gerichte solche Klagen wiederholt mangels Substantiierung abwiesen.

### 2.2.2. In Rechtsprechung und Literatur

#### 2.2.2.1 Bestätigung der Differenztheorie

Bestätigt wurde dieser Grundsatz im BGE vom 16. November 1999 [146], wo es festhält, dass zwei Liquidationswerte verglichen werden müssen, nämlich derjenige bei Konkurseröffnung und derjenige, der an der theoretischen Konkurseröffnung Ende September

1994 gegolten hätte. Der Schaden bestehe in der Zunahme des Passivenüberschusses zwischen diesen zwei Zeitpunkten.

Auch der BGE vom 19. Juni 2001 [147] bestätigt die Differenztheorie. So hatte die Vorinstanz der klagenden Gläubigerin eine Schädigung abgesprochen, weil ihre Guthaben zwischen dem Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung und der Konkureröffnung von CHF 1,1 Mio. auf CHF 0,65 Mio. abgenommen hatten. Diese reale Entwicklung der Guthaben zeigt aber nur den Vermögensstand unter Einbezug der Pflichtverletzung an. Erst der Vergleich mit dem hypothetischen Verlauf ohne Pflichtverletzung wird zeigen, ob ein Schaden vorliegt [148]. Ohne Pflichtverletzung könnten ja die Guthaben z.B. gänzlich getilgt worden sein.

So auch BGE 128 III 180 ff. [149], wo die Kläger die Beträge von CHF 400 000 bzw. CHF 100 000 gegen R eingeklagten. An einer Berechnung der Schadenshöhe im Differenzverfahren fehlte es. Die Klage wurde abgewiesen.

Auch das Handelsgericht St. Gallen wies am 16. August 2000 [150] eine Klage ab, weil die Differenztheorie nicht beachtet wurde. Sachverhalt: Am Ende des Konkursverfahrens gegen die X AG belief sich die Höhe der Gläubigerausfälle auf CHF 552 500. Die Klägerin musste in diesem Konkursverfahren eine ungedeckte Forderung von CHF 60 000 hinnehmen. Für diesen Betrag wurde sie rechtskräftig kolloziert. R ist nicht Gläubigerin der X und figuriert nicht im Kollokationsplan. Die Klägerin klagte R auf Ersatz des Schadens von CHF 60 000 ein.

Wenn der Kläger einfach die Gesamtsumme der Ausfälle oder einen Teil davon einklagt – so argumentiert das Handelsgericht [151] –, entspricht dies nicht der Differenztheorie. Der Kläger muss im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung nachweisen, wie hoch die Vermögensschädigung effektiv auf Grund dieser Pflichtverletzung sei, bzw. um wieviel tiefer der Ausfall gewesen wäre, wenn die Pflichtverletzung nicht stattgefunden hätte. Die Nennung eines kollozierten Betrages genügt nicht.

2.2.2.2 Rechtskräftig kollozierte Gläubigerforderungen können materiell überprüft werden

Interessant sind auch die Ausführungen des Handelsgerichts St. Gallen zur Kollokation. Es hält fest, dass sich die Bindung des Verantwortlichkeitsrichters bezüglich der rechtskräftigen Kollokation nur darauf beschränkt, dass er die Aktivlegitimation des Klägers nicht mehr in Frage stellen kann [152]. Ob die Haftungsvoraussetzungen gemäss Verantwortlichkeitsrecht – und damit auch die Schadenshöhe – erfüllt seien, kann der Verantwortlichkeitsrichter frei prüfen. Auch das Bundesgericht hat diesen Grundsatz in BGE 119 III 124 [153] bestätigt. Das bedeutet nichts anderes, als dass die definitive Kollokation einer Forderung deren Bestand im Verantwortlichkeitsprozess nicht präjudiziert, weil der Kollokationsplan seine Wirkung nur im laufenden Konkursverfahren entfaltet. Auch das Zürcher Obergericht hat in einem Entscheid vom 24. Februar 2000 [154] festgehalten, dass es unbillig wäre, wenn ein Gesellschaftsorgan, das aktienrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, einer kollozierten Forderung nicht entgetreten könnte, sondern ihren Bestand unabhängig von der Begründetheit akzeptieren müsste.

Dies ist sinnvoll, werden doch in den meisten Konkursverfahren die Forderungseingaben «mangels Interesse», d.h. mangels Dividendenaussichten, nicht geprüft. Wenn der Kläger den gesamten Gläubigerschaden von CHF 552 500 einklagt, dann können wohl sämtliche kollozierten Forderungen in Frage gestellt werden [155]. Klagt K nur seine eigene Forderung von CHF 60 000 ein, so beschränkt sich diese Widerrede auf seine Forderung. Hier bleiben Fragen offen. Was geschieht, wenn sich herausstellt, dass die Forderung des K nur im Umfang von z.B. CHF 5000 materiell begründet ist? Bleibt es bei der eingeklagten Summe von CHF 60 000 [156], wobei K im Erfolgsfall CHF 55 000 an die Masse abliefern muss [157]? Oder reduziert sich die Klagesumme auf CHF 5000? Verliert K dadurch nicht in beiden Fällen faktisch das Prozessinteresse? Was ist, wenn sich herausstellt, dass K materiell gar keine Forderung besitzt? Kann nun

die Aktivlegitimation doch in Frage gestellt werden [158]?

2.2.2.3 Verteilung der Beweislast, insbesondere Art. 42 Abs. 2 OR

In der Praxis fällt auf, dass die Kläger den Schadensnachweis meiden und auf Art. 42 Abs. 2 OR ausweichen. Die Auseinandersetzung mit Literatur und Judikatur zeigt, dass dies nicht möglich ist. Schon der Gesetzeswortlaut zeigt, dass nur derjenige Schaden vom Richter abgeschätzt werden darf, der «nicht ziffernmässig nachweisbar» ist. Dieser Artikel kommt z.B. zur Anwendung bei Berechnung des Vertrauensschadens oder wenn die Schädigung an sich nicht nachweisbar ist, sich aber nach den Umständen mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängt [159]. Es zeigt sich, dass es hier vor allem um immaterielle Schädigungen geht, die sich der Quantifizierung entziehen. Bei einer Schadenersatzklage ist dies nicht der Fall [160]. Eine Klage, die keine Schadensberechnung enthält, ist mangels Substantiierung abzuweisen.

Auch ein Blick in die Judikatur zeigt, dass es um Fälle geht, wo eine Berechnung unmöglich ist. So z.B. in BGE 102 II 11, wo es um die Schätzung einer verschwundenen Briefmarkensammlung ging. Bei der Rückgabeforderung durch den Hinterleger musste daher der Wert der Sammlung, deren Zusammensetzung unbekannt war, geschätzt werden. Das Gericht orientierte sich dafür an der Höhe des gewährten Darlehens. Ebenso BGE 105 II 89 E3, wenn der ziffernmässige Schadensbeweis ausgeschlossen ist, sei es, dass Beweise fehlen, sei es, dass die Beweisführung dem Geschädigten nicht zuzumuten ist. Ebenso BGE 118 II 312 f., wo es um einen Arbeitnehmer ging, der seine Stelle ohne wichtigen Grund fristlos verlassen hatte. Neben dem pauschalen Schaden von einem Viertel des Monatslohns i. S. v. Art. 337d Abs. 1 OR für den Arbeitgeber bejaht das Bundesgericht die Möglichkeit, den weiteren Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Schon die Pauschalisierung der Entschädigung durch den Gesetzgeber zeige, dass in solchen Fällen die Schadensberechnung ziffernmässig nicht möglich sei.

In BGE 128 III 180 ff. [161] hält das Bundesgericht zur Beweislast fest, dass selbst wenn die Gründungsvorschriften bei der Aktiengesellschaft relativ detailliert sind, daraus nicht abgeleitet werden kann, dass der Schadenschweis nun durch die Beklagten geführt werden müsse (bzw. dass sie nachweisen müssen, dass kein Schaden vorliege). Es sei Aufgabe der Kläger, den Schaden und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Die Kläger haben dies unterlassen, und die Klage wurde daher abgewiesen [162].

### 2.2.3 Schadensbemessung

Gemäss den Art. 43 und 44 OR kann der angerichtete und zu ersetzende Schaden reduziert werden. Dies gilt z.B. bei Selbstverschulden des Geschädigten (Art. 44 Abs. 1) und bei geringem Verschulden des Ersatzpflichtigen (Art. 43 Abs. 1) usw. [163].

Der BGE vom 16. November 1999 [164] hält fest, dass eine Pflichtverletzung des VR keinesfalls ein Entlastungsgrund der Revisionsstelle i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OR sei, weil die Handlungspflicht der R erst durch die Pflichtverletzung des VR ausgelöst werde. Auch das Vertrauen auf eine baldige Erholung der Immobilienwerte oder die Einwendung der R, dass im Jahre 1993 der Begriff der «offensichtlichen Überschuldung» in Lehre und Praxis noch nicht klar umschrieben gewesen sei, lässt das Bundesgericht nicht als Reduktionsgrund gelten.

R verlangte weiter eine Reduktion des Schadenersatzes, weil die Kläger als Gläubigerbanken in die Verzögerung der Überschuldungsanzeige eingewilligt hätten (Art. 44 OR). Das Bundesgericht lehnt dies ab. Weil die Anzeigepflicht der R dem Schutz aller (auch künftiger) Gläubiger diene, sei es unerheblich, ob bestehende Gläubiger (z.B. die Gläubigerbanken) dem Aufschub der Anzeigepflicht zugestimmt hätten oder nicht [165]. Sobald die Gefahr der Schädigung von Neugläubigern entstehe, sei ein Aufschub der Anzeige pflichtwidrig. Im vorliegenden Fall musste daher nicht entschieden werden, ob das Verhalten der Bankenvertreter als «Zustimmung zu Sanierungsversuchen» ausgelegt werden

konnte. Ob ein Selbstverschulden der Gläubigerbanken vorliege, spiele keine Rolle, weil nicht die Gläubiger selber, sondern die Gesellschaft X AG Klägerin sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung tritt die Konkursverwaltung im Verantwortlichkeitsprozess im Interesse der Gläubigergesamtheit auf. Ein allfälliges Mitverschulden einzelner Gläubiger kann daher der Klage nicht entgegengehalten werden.

BGE 127 III 453 ff. [166] bestätigt die Herabsetzungsgründe der Vorinstanz, welche die Revisionsstelle zu einer Schadenersatzleistung von  $\frac{2}{3}$  des eingeklagten Betrages verurteilt hat. Das Obergericht hielt fest, dass nicht zu bezweifeln sei, dass die Klägerin selber durch Unterlassen ihrer Kontrolle den Eintritt des Schadens begünstigt habe. Darin sei eine Pflichtverletzung zu erblicken [167]. Andererseits sei nicht zu übersehen, dass die Honorarnoten des Wirtschaftsprüfers sehr tief gewesen seien, was ebenfalls eine reduzierte Haftbarkeit induziere. Auch bezüglich der tiefen Honorarnoten hält das Bundesgericht fest, dass gemäss der langjährigen Rechtsprechung die Sorgfaltspflicht des Beauftragen (bzw. des Prüfers) sich nicht nur nach objektiven Kriterien richte und dass die Sorgfaltspflichten reduziert seien, wenn ein Auftrag gratis oder fast gratis geführt werde. So bestimme Art. 99 Abs. 2 OR, dass das Mass der Haftung sich nach der besonderen Natur des Geschäftes richte und insbesondere dann milder beurteilt werde, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezwecke [168].

Im BGE vom 28. September 2000 [169] verneinte es ein Eigenverschulden des Investors. R hatte argumentiert, dass der Investor die Jahresrechnung 1988 und damit die Überbewertung akzeptiert habe. Da diese Jahresrechnung für den Investitionsentscheid im Jahre 1987 keine Rolle gespielt hatte, verneinte das Gericht ein Eigenverschulden. Zudem stellt sich die Frage, ob der Investor am Anfang nicht umfassendere Prüfungen hätte vornehmen müssen. Das Gericht verneint dies, weil er die finanzielle Situation der Gesellschaft auf der Basis von Dokumenten überprüft habe, die von einer «grossen

Treuhandgesellschaft» revidiert worden seien. Zudem sei die Investitionssumme relativ gering gewesen, so dass umfangreiche eigene Prüfungen nicht zumutbar gewesen seien [170].

## 2.3 Adäquater Kausalzusammenhang

### 2.3.1 Allgemeines

Für die Haftbarkeit muss zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden eine Beziehung von Ursache und Wirkung bestehen. Damit ist zuerst ein natürlicher Kausalzusammenhang gemeint, der immer dann gegeben ist, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfällt. Zudem muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Das Bundesgericht hat in BGE 113 II 57 für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit den adäquaten Kausalzusammenhang als gegeben formuliert, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch jenes Ereignis allgemein begünstigt erscheint ...». Kompliziert wird dies bei der Revisionsstelle dadurch, dass ihre Pflichtwidrigkeit regelmässig in einer Unterlassung besteht. Zwischen einer pflichtwidrigen Unterlassung und dem Eintritt eines Schadens kann es aber definitionsgemäss keinen natürlichen Kausalzusammenhang geben. Ein «Nichts» kann nie Ursache für eine Wirkung (z.B. Schaden) sein. Für die Eruierung der Haftbarkeit der Revisionsstelle muss daher mit Hypothesen gearbeitet werden. Es gilt die Frage zu beantworten, ob ein Schaden eingetreten wäre, wenn an der Stelle der Unterlassung ein korrektes und pflichtgemässes Handeln gestanden hätte. Gemäss BGE 115 II 447 muss zur Feststellung dieser hypothetischen Kausalität i.d.R. auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestellt werden [171]. Diese «Komplikation» ist aber sachgerecht; es leuchtet ein, dass ein mangelhafter Bericht über einen Fehler nicht dieselben Auswirkungen haben kann wie der Fehler selber.

## 2.3.2 In Rechtsprechung und Literatur

In BGE 128 III 180 ff. [172] fehlen Ausführungen der Klägerin über den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den behaupteten Pflichtverletzungen und dem Schaden. Das Bundesgericht stellt zwar fest, dass die Gründungsvorschriften verletzt worden seien. Wir gehen davon aus, dass auch der Prüfer eine Pflichtverletzung begangen hat [173]. Das Bundesgericht hält aber mit Selbstverständlichkeit fest, dass diese Pflichtverletzung keineswegs automatisch eine Schädigung der Gesellschaft X bedeute. Die Klage müsse abgewiesen werden, weil nicht bewiesen sei, dass die Pflichtverletzung bei der Gründung der X einen Schaden angerichtet habe.

In BGE 119 II 259 [174] wird festgehalten, dass selbst ein fehlerhafter (zu günstiger) Revisionsbericht nicht adäquat kausal zum entstandenen Schaden sei, wenn er an einer GV präsentiert wird, wo nur der Alleinaktionär anwesend ist, der für die ganze Misere verantwortlich ist. Er hätte nämlich auch in korrekter Form nichts genützt.

In BGE 129 III 129 ff. [175] bestand die Pflichtverletzung von R im Unterlassen der schriftlichen Hinweispflicht auf rangrücktrittswidrig erfolgte Verrechnungen. Das Gericht verneinte aber den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und dem Schaden, weil die Verrechnung durch den Hinweis nicht zu stoppen gewesen wäre. Da bis zur Konkursöffnung keine weiteren Verrechnungen erfolgten, hätte der Hinweis zudem keine präventive Wirkung entfalten können. Also verneinte das Gericht den adäquaten Kausalzusammenhang [176].

Der BGE vom 25. Juni 2003 [177] verneint den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Revisoren und dem Schaden. Im Zeitpunkt der GV vom 25. Mai 1991 sei bereits die EBK eingeschaltet gewesen. Ein Hinweis der Revisoren an der GV hätte daher keine Beschleunigung und so auch keine Schadensminderung bewirken können.

In BGE 127 III 453 ff. [178] bringt R vor, dass zwischen ihren Pflichtverletzungen und dem Schaden der Gesellschaft kein adäquater Kausalzusammenhang bestehe. Das Bundesgericht stützt sich bei der Beantwortung dieser Einwendung auf den Entscheid des Kantonsgerichts. Dieses hatte sich auf ein juristisches Gutachten abgestützt, welches festhielt, dass ohne die ständigen Pflichtverletzungen von R bei der Kontoabstimmung diese Betrugereien nicht oder nicht so lange hätten ausgeführt werden können. Es fehlt daher nicht an einem adäquaten hypothetischen Kausalzusammenhang.

R bringt weiter vor, dass der adäquate Kausalzusammenhang durch schwere Verfehlungen des VR der Klägerin unterbrochen worden sei. Das Bundesgericht hält fest, dass die Solidarität nach Art. 759 Ziff. 1 OR einer Einwendung der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwar nicht entgegenstehe. Allerdings müsse das auslösende Ereignis so schwerwiegend sein, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Prüfers und dem Schaden geradezu als unangemessen erscheine und diesen völlig in den Hintergrund dränge. Die Anforderungen sind hier sehr hoch. Im vorliegenden Fall habe die Klägerin ihre Aufsichtspflicht tatsächlich verletzt. Sie habe die buchführende Treuhandgesellschaft, wo die Veruntreuungen stattfanden, nicht mehr im geringsten überwacht, und daher sei auch das Verhalten der Klägerin nicht über alle Zweifel erhaben. Allerdings seien diese Verfehlungen nicht derart gravierend, dass sie den Kausalzusammenhang unterbrechen.

Im BGE vom 3. März 1998 [179] stellte sich die Frage, ob der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Kontrollstelle und dem Schaden infolge des kriminellen Verhaltens (Absicht) der Buchhalterin und mangelnder Aufsicht des VR unterbrochen wurde. Diese Faktoren wertet das Gericht nicht als derart gravierend, dass eine Unterbrechung eingetreten sei [180].

## 2.4 Verschulden/Solidarität

### 2.4.1 Allgemeines und Literatur

Jedes Verschulden – auch leichte Fahrlässigkeit – ist für die aktienrechtliche

Verantwortlichkeit ausreichend [181]. In Art. 759 Abs. 1 aOR wurde die solidarische Haftung für denselben Schaden als absolute Solidarität geregelt [182]. Selbst Personen mit leichten Pflichtverletzungen hafteten für den ganzen Schaden, der von anderen Personen, welche allenfalls ein schweres Verschulden trifft, angerichtet worden ist. Im neuen Aktienrecht haftet eine Person, welche eine leichte Pflichtverletzung begangen hat, im Aussenverhältnis nur für denjenigen Schaden, der mit dieser Pflichtverletzung adäquat kausal zusammenhängt [183]. Nur bei schweren Pflichtverletzungen kommt die alte Solidaritätsregelung zum Zug. Seit BGE 122 III 324 [184] ist klargestellt, dass das neue Aktienrecht bezüglich Solidarität auch auf altrechtliche Fälle zur Anwendung kommt [185].

### 2.4.2 In der Rechtsprechung

Oft sind die Pflichtverletzungen der Revisionsstelle erstens im Verhältnis zu denjenigen des VR und zweitens in einem absoluten Sinne klein. Daher ist es für die Revisionsstelle von grosser praktischer Bedeutung, dass sie in einem solchen Falle im Aussenverhältnis nicht für den ganzen Schaden haften muss. Für die praktische Arbeit der Revisionsstelle – die ja sehr oft Risikoabwägungen machen muss – ist es wichtig zu wissen, welche Risiken zu schweren und welche zu leichten Pflichtverletzungen führen. Erstaunlich ist daher, dass der Verschuldensgrad in den hier besprochenen Prozessen von den beklagten Revisionsstellen kaum thematisiert wurde.

Eine interessante Ausnahme ist der Bundesgerichtsentscheid vom 14. Dezember 1999 [186]. Sachverhalt: Die D SA wurde im Jahre 1978 gegründet. Sie betätigte sich in der Kleiderproduktion. Revisionsstelle war R. Am 9. Dezember 1986 fiel D in Konkurs. Die Überschuldung betrug CHF 5,7 Mio. Im Jahre 1990 klagten Abtretungsgläubiger der Masse von D gegen alle VR und R. Das Kantonsgericht des Kantons Jura entschied am 14. Mai 1998, dass R solidarisch mit dem VR CHF 0,5 Mio. an die Konkursmasse zu zahlen habe.

Dagegen reicht R Berufung beim Bundesgericht ein. Sie beansprucht, dass

ihre Haftung auf CHF 150000 reduziert werden müsse, weil sie nur eine leichte Fahrlässigkeit und damit nur eine leichte Pflichtverletzung begangen habe. Ihr einziger Fehler sei es gewesen, die Überbewertung auf den Immobilien seit 1980 übersehen zu haben. Das Kantonsgericht hatte sich – gestützt auf eine Expertise – auf folgende verschuldensrelevanten Tatsachen<sup>[187]</sup> abgestützt:

D war zu Fortführungswerten vom ersten bis zum letzten Geschäftsjahr überschuldet:

- Auf den Immobilien bestand eine Überbewertung von CHF 0,5 Mio. bereits ab 1980;
- Abschreibungsbedarf auf Beteiligungen und Darlehen an Töchter ab 1. Dezember 1984 übersehen;
- Ab 1985 Abschreibungsbedarf auf einer Forderung von CHF 1,5 Mio. (Forderungsbetrag) gegenüber einem Schuldner in den USA nicht erkannt;
- Überbewertung der Inventare ab dem 31. Oktober 1986 von CHF 1,45 Mio. übersehen;
- Deshalb war die Buchführung ab 1980 nicht ordnungsgemäss;
- VR wie auch R hätten diese Fehler erkennen müssen;
- Die Revisionsstellenberichte für die Geschäftsjahre 1980, 1981 und 1982 erwähnen zwar die Überschuldung, ohne aber auf Art. 725 OR hinzuweisen, weil sie auf vorhandene Rangrücktritte von Aktionären (oder Deckungsgarantien) verweisen;
- Zudem müsse davon ausgegangen werden, dass R weder Rangrücktritte noch Deckungsgarantie juristisch überprüft, ja vielleicht nicht mal gelesen habe, weil R sonst leicht deren Zweifelhaftigkeit oder sogar deren Ungültigkeit entdeckt hätte;
- R hätte wissen müssen, dass «Deckungsgarantien» (wie Garantien oder Patronatsklärungen) vom Hinweis auf Art. 725 OR nicht entbinden<sup>[188]</sup>.

Dagegen betont R, dass ihre Verfehlungen im Vergleich zu denjenigen des VR gering seien. Hauptproblem sei die Forderung gegenüber dem Debitor in den USA, ein Klumpenrisiko, das der VR gar nicht hätte eingehen dürfen. Die ganze Problematik für die Gesell-

schaft sei erst entstanden, als dieses Klumpenrisiko eingegangen wurde und als dieser Debitor nicht zahlen konnte. Zudem sei die Produktpolitik des VR ab 1986 so schlecht gewesen, dass die Verkäufe eingebrochen seien.

Zuerst äussert sich das Bundesgericht zum Verschuldensmassstab, nach welchem die Schwere der Pflichtverletzungen der R gemessen wird. Das Bundesgericht hält fest, dass die Verweise der R auf die Schwere der Pflichtverletzungen des VR (Klumpenrisiko, Produktpolitik usw.) unbehelflich seien. Der Schweregrad der Pflichtverletzung von R werde nämlich nach einem für die Revisionsstelle eigenen Massstab beurteilt. Die Revisionsstelle müsse mit einem strengen Massstab rechnen, weil das Gesetz hohe Anforderungen an ihre Qualifikation stelle. Im neuen Aktienrecht sind nämlich die Anforderungen an die Revisionsstelle erhöht worden. So muss nach Art. 727a OR der Revisor für seine Aufgabe befähigt sein. Nach Art. 727b OR müssen die Revisoren in gewissen Fällen sogar besondere fachliche Voraussetzungen erfüllen. Das Bundesgericht hält daher fest, dass die Revisionsstelle in jedem Fall fähig sein müsse, die Klarheit und die Richtigkeit einer Bilanz zu beurteilen und Fehler zu entdecken<sup>[189]</sup>.

Doch wie soll nun die leichte von der groben Pflichtverletzung praktisch unterschieden werden? Zur Beantwortung dieser Frage greift das Bundesgericht<sup>[190]</sup> zuerst auf die bisherige Rechtsprechung zurück. Es zeigt, dass sämtliche Autoren in der Literatur davon ausgehen, dass eine grobe Pflichtverletzung im Aussenverhältnis zur vollen Solidarität führe, wo hingegen eine leichte Pflichtverletzung diese auf die dem eigenen Verschulden entsprechende Solidarität reduziere. In BGE 100 II 332 E 3a) habe das Bundesgericht erstmals festgehalten, dass es zwischen einer groben und einer leichten Pflichtverletzung auch eine mittlere Pflichtverletzung geben müsste. Die Lebenserfahrung zeige nämlich, dass nicht alle Pflichtverletzungen eindeutig grob oder leicht seien. In jenem Falle ginge es um die Beurteilung einer Feuersbrunst, wo zwei neunjährige Knaben mit bengalischen Zündhölzern gespielt und ein Bauernhaus nieder-

gebrannt hatten. Das Bundesgericht tönte in jenem Falle an, dass von einer mittleren Pflichtverletzung der beiden Knaben ausgegangen werden könnte. Interessant ist, dass das Bundesgericht hier die Möglichkeit eröffnet, dass Revisionsstellen sich in Prozessen sogar auf ein «mittleres» Verschulden berufen können.

In casu konnte das Bundesgericht die genaue Unterscheidung zwischen groben, mittleren und leichten Pflichtverletzungen offen lassen. Es ging davon aus, dass hier eine schwere Pflichtverletzung vorliege, weil R

- seit 1980 nicht erkannt hat, dass die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung verletzt sind;
- die Massnahmen nach Art. 725 Abs. 3 aOR nicht gefordert hat;
- ihre Fehler während mehreren Jahren wiederholt hat und weil grosse Geldsummen im Spiel waren.

Alle diese Fehler seien schwerwiegend und die fehlende Überprüfung der Rangrücktrittserklärungen bzw. der «Deckungsgarantie» sei vermutlich auch schwerwiegend<sup>[191]</sup>.

Die Argumente der R, die Verschlimmerung sei erst im Jahre 1986 eingetreten steche nicht, weil bei rechtzeitiger Pflichterfüllung der Konkurs gewiss früher als am 9. Dezember 1986 eingetreten wäre. Jedenfalls meint das Bundesgericht, dass der Konkurs vor der Vergabe der neuen Kredite durch die Kantonalbank des Kantons Jura eingetreten wäre oder dass diese neuen Kredite unter den verschlimmerten Umständen nicht gewährt worden wären.

Im BGE vom 28. September 2000<sup>[192]</sup> wurde das Verhalten von R ebenfalls als schwere Pflichtverletzung qualifiziert. R hatte das Warenlager in den Jahren 1987 bis 1989 nie geprüft, sondern immer den Angaben des VR vertraut.

### Anmerkungen

<sup>1</sup> Forstmoser, Peter: Den Letzten beissen die Hunde, Sonderdruck aus: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001 (im Folgenden «Forstmoser»), S. 486.

- 2 Berücksichtigt wurden alle mir bekannten Entscheide seit ca. 1993, die sich nach den Bestimmungen des neuen Aktienrechtes richten, auch wenn der Sachverhalt sich unter altem Recht verwirklicht hat. Anspruch auf Vollständigkeit besteht nicht. Auch die neue Literatur wurde grösstenteils berücksichtigt.
- 3 Nicht behandelt wird hier die Haftung für nicht organspezifische Sonderaufträge (BGE 112 II 262 E b), die Haftung der bankengesetzlichen Revisionsstelle (BGE 117 II 315 ff.), des Sonderprüfers, des internen Revisorats und des Konzernprüfers. Obwohl letzterer nach Art. 755 OR haftet, ist mir noch kein Fall bekannt, wo gegen einen Konzernprüfer eine Haftungsklage eingereicht wurde. Es handelt sich hier um Neuland mit vielen ungeklärten Fragen. Kompliziert würde eine solche Klage, weil Konzernrechnungen meist nach IAS (neu IFRS), Swiss GAAP FER oder US GAAP/SEC – einem in der Schweiz nur wenigen Spezialisten bekannten Regelwerk – abgefasst sind. Dies scheint in der schweizerischen Praxis dazu zu führen, dass diese Klagemöglichkeit nicht benützt wird; Vgl. auch Böckli, Peter: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, in: Schriften zum neuen Aktienrecht, Band 8 Zürich 1994 (im Folgenden «Böckli Verantwortlichkeit»), S. 33f.
- 4 Vgl. anstelle vieler: Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, Kapitel 13 (im Folgenden «Böckli»); Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, 8. Kapitel (im Folgenden «Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel»).
- 5 Emch, Urs: Dornenvolle Verantwortlichkeitsprozesse, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 4. September 2003 (im Folgenden «NZZ»), S. 27; Alleine das Kriterium vorhandenen Versicherungsschutzes bei der Revisionsstelle reicht aus, damit diese fraglos zu den einzuklagenden Personen gehört.
- 6 Forstmoser, S. 486 ff. und S. 489 f.
- 7 Ebenso für den faktischen VR. Die Pflicht zur Überwachung der Versicherungspflicht für diesen und die geschäftsführenden Personen müsste den eingetragenen VR obliegen, mit der Konsequenz bei Pflichtverletzung, dass sie für deren Fehler wie für eigene Fehler einstehen müssten. Unterlässt ein VR die Versicherung oder findet er keinen Versicherer, müsste er von geschäftsführenden Aufgaben ausgeschlossen und im Handelsregister gelöscht werden.
- 8 Auch im Banken- und im Börsenrecht gibt es keine solche Vorschrift.
- 9 Wird die Revisionspflicht für kleine Unternehmen abgeschafft, wie es der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (im Folgenden «RRG») vom 29. Juni 1998 in Art. 43 vorsieht, dann könnte aus Sicht der Revisionsstelle auf die Versicherungspflicht für diese Unternehmen verzichtet werden.
- 10 Auch in diesem Bereich ist nichts im Gespräch, wobei das RRG oder das OR im Zusammenhang mit dem neuen Bundesgesetz über die Revisionsaufsicht eine solche Bestimmung aufnehmen könnte.
- 11 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 51.
- 12 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 53.
- 13 Z. B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 35 ff.; Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A. Basel Genf München 2002, Widmer, Peter/Banz, Oliver (im Folgenden «BSK OR II-Widmer/Banz»), Art. 757 N 7 ff.; Kunz, Peter V.: Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, in: Aktuelle Juristische Praxis (im Folgenden «AJP») 11/98 (im Folgenden «Kunz»), S. 1281 ff.; Bachmann, Roland: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, in: AJP 5/2003, S. 499 ff.
- 14 Forstmoser, S. 506 a).
- 15 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 14 ff.
- 16 Bestätigt in BGE 125 III 86 ff.
- 17 BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 25.
- 18 BGE 125 III 86 ff.
- 19 BGE 17. April 2000, 4C.17/2000 E 5.a).
- 20 BGE 125 III 86 ff.
- 21 BGE 128 III 183 E 2.d).
- 22 Schulthess, Hans Conrad: Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates für unmittelbaren Gläubigerschaden, in: Der Schweizer Treuhänder (im Folgenden «ST») 9/99, S. 825.
- 23 BGE 127 III 374 ff.
- 24 BGE vom 28. September 2000, 4C.198/2000 E 4.c).
- 25 Noch verwirrender wird diese Rechtsprechung, wenn der unveröffentlichte BGE vom 31. Dezember 1998 einbezogen wird. Das Gericht ging davon aus, dass die Gesellschaft zwischen dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung der Revisionsstelle und der Konkursöffnung eine Schadensabnahme zu verzeichnen hatte. Die Pflichtverletzung hatte also die Gesellschaft nicht geschädigt, sondern begünstigt, wobei einzelne, später hinzugekommene Gläubiger (die Kläger) einen unmittelbaren Schaden erlitten hatten. Da es sich bei der verletzten Norm um eine mit doppelter Schutzfunktion handelte, waren die einzelnen Gläubiger nach der eigenen Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht klagelegitimiert. Nur mittelbarer Schaden kann aus einer solchen Verletzung eingeklagt werden, und ein solcher Schaden lag nicht vor. Dennoch verpflichtete das Bundesgericht die Revisionsstelle zum Ersatz des Schadens, wobei eine Begründung dieser erneuten Praxisänderung fehlt. In späteren Entscheiden bezieht sich das Gericht nie mehr auf diesen BGE. Vgl. dazu: Ruoss, Reto Thomas: Sorgfalt und Haftung der Revisionsstelle – Ausgewählte Aspekte der Revisionsstellenhaftung, in: Publikationsreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich, Band 41, Zürich Basel Genf 2003 (im Folgenden «Ruoss Sorgfalt»), S. 126; Pfeifer, Michael: in: AJP 12/2000, (im Folgenden «Pfeifer»), S. 1471; Hirsch, Alain: La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers, in: «Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht» (im Folgenden «SZW»), 2/2000, S. 94 ff. (im Folgenden «Hirsch»), S. 97 ff.; Forstmoser, Peter/Untersander, Oliver: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, in: Schweizerische Juristenzeitung 95 (1999) Nr. 20 (im Folgenden «SJZ»), S. 471 f.
- 26 Ruoss Sorgfalt, S. 44
- 27 Weber, Rolf H.: Streifzüge durch das Verantwortlichkeitsrecht, in: Anwaltsrevue 1/2002, 3.1; Forstmoser, S. 485 und S. 491 ff.; Umbach, Patrick: Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen, in: SZW 4/97, S. 175 ff.; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 17 ff.; Vischer, Frank: 10 Jahre neues Aktienrecht, in: ST 5/02, S. 394 f.; Kunz, S. 1272 ff.; Hirsch, S. 94 ff.; Umbach, Patrick/Weber, Rolf H.: Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Publikationsreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich, Band 41, Zürich Basel Genf 2003 (im Folgenden «Umbach/Weber»), S. 116 ff.; Hasenböhler, Stefan: Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Basler Diss., Zürich Basel Genf 2003 (im Folgenden «Hasenböhler»), S. 48 ff.
- 28 Nachstehend 2.1.2.2.1.
- 29 Nachstehend 2.1.2.4 und 2.2.3.
- 30 Mir ist in der Praxis noch nie ein solcher Fall begegnet.
- 31 Böckli Verantwortlichkeit S. 21 f.; Forstmoser, Peter: Die Verantwortlichkeit des Revisors, in: ST 5/97 (im Folgenden «Forstmoser Verantwortlichkeit»), S. 389.
- 32 Ruoss Sorgfalt, S. 36.
- 33 Dazu kann die Unterlassung der Empfehlung zur Rückweisung der Jahresrechnung kommen (Art. 729 Abs. 1 OR).
- 34 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 21 ff.
- 35 Dasselbe gilt für Pflichtverletzungen der Gründer, vgl. die Liste bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 67 ff. oder der Personen, die i. S. v. Art. 752 OR haften, vgl. die Liste bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 84 ff.
- 36 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 37 N 49 ff.; Forstmoser, S. 494 ff.
- 37 BGE 116 II 541, 112 II 462.
- 38 BGE 93 II 24 ff.
- 39 ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 75 f. = Schweizerische Aktiengesellschaft 50 (1978) 26 ff.
- 40 ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 306 ff., 309.
- 41 BGE 86 II 179, 183, 93 II 28.
- 42 BGE 93 II 24 ff.
- 43 BGE 86 II 182, 93 II 27 f.
- 44 BGE 93 II 26 f.
- 45 Camponovo, Rico A.: Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, in: SZW 5/96 (im Folgenden «Camponovo Benachrichtigung»), S. 211 ff.; Camponovo, Rico A.: Wann ist die Überschuldung offensichtlich? in: ST 1–2/00 (im Folgenden «Camponovo Überschuldung»), S. 67 ff.; vgl. Literatur in FN 4; Chaudet, François: Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, in: ST 4/00 (im Folgenden «Chaudet»), S. 306 ff.
- 46 BGE 4C.117/1999; Vgl. die Darstellung von Luterbacher, Thierry: Ein wegweisendes Bundesgerichts Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, in: ST 11/00 (im Folgenden «Luterbacher»), S. 1267 ff.
- 47 Camponovo Überschuldung, S. 70.
- 48 Die Immobilienkonsortialaktiven waren mit CHF 6 Mio. bewertet, bis zum Schluss stieg die Überschuldung auf 9 Mio. Ich schätze die Bilanzsumme auf ca. CHF 10 Mio. oder mehr.
- 49 Auch wird der Revisionsstelle immer wieder vorgeworfen, sie hätte – gestützt auf Art. 699 Abs. 1 OR – selber diese GV einberufen müssen, wenn der VR diese unterlasse. Ist im vorliegenden Entscheid davon nicht die Rede,

- weil ev. die Sanierungs-GV im Juni 1993 stattgefunden hat?
- 50 In Anlehnung an die vorgesehene Regelung im neuen RRG.
- 51 E 5a S. 540 f.
- 52 Wobei das Gericht sogar auf diesen Entscheid verweist.
- 53 BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 28; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 50 N 212; Böckli, N 1697; weitere Zitate im BGE vom 19. Juni 2001, 4C.366/2000 E 4b.
- 54 Camponovo Benachrichtigung, S. 216 f.
- 55 Entscheid 4C.366/2000.
- 56 Entscheid 4C.366/2000 E 2.a).
- 57 Entscheid 4C.366/2000 E 2.a).
- 58 Worüber unsere Branche nicht unglücklich wäre.
- 59 Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., S. 847, 927 und insb. 932.
- 60 Einziger VR ist R, der Prüfer der KAG!
- 61 Der alte Artikel 165 Ziff. 1 StGB lautete: «Leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall/1. Der Schuldner, der durch argen Leichtsin, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen oder grobe Nachlässigkeit in der Ausübung seines Berufes seine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt oder in Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert hat, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet ... worden ist, mit Gefängnis bestraft.»
- 62 BGE 127 IV 114.
- 63 BGE 127 IV 114.
- 64 BGE 127 IV 114.
- 65 CHF 380,000 minus CHF 50,000.
- 66 BGE 127 IV 114.
- 67 Was ist, wenn die Revisionsstelle im Verlaufe des Jahres erfährt, dass die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist, ohne dass konkrete Zahlen vorliegen? Können diese Entscheide so interpretiert werden, dass keine Handlungen der Revisionsstelle erforderlich sind, weil weder Prüfbericht noch definitive Bilanz vorliegen?
- 68 Chaudet, S. 319.
- 69 Rekurs gegen eine Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes Zürich vom 3. September 2001.
- 70 Treuhand-Kammer, Grundsätze zur Abschlussprüfung (im Folgenden «GzA»), Ausgabe 2001, GzA Nr. 13, Fortführung der Unternehmenstätigkeit (Going-Concern), 1.2.
- 71 S. 80.
- 72 GzA Nr. 9, Deliktische Handlungen und Abschlussprüfung, 3.3 i.V.m. 4.4; GzA Nr. 16, Auftragsbestätigung zur Abschlussprüfung, 4.57, z.B.: Steuergesetze, Umweltgesetze, Sozialversicherungsgesetze wie AHV/IV/EO/ALV, strafgesetzliche Bestimmungen usw.; Eggmann, Irene: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, Zürich 1997 (im Folgenden «Eggmann»), S. 153.
- 73 Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998 (im Folgenden «HWP»), 4.12123: – offensichtliche und wesentliche Fälle von verdeckten Gewinnausschüttungen; – Ausschüttung einer Zwischendividende aus dem laufenden Ergebnis; – Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr; – Unterlassung der Einberufung der GV bei Kapitalverlust; – Unterlassung der Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung; – Nichtausführung von GV-Beschlüssen (z.B. Gewinnverwendung); – Nichtstellen einer Konzernrechnung; – Verletzung von Publizitätsvorschriften (Art. 697h OR).
- 74 Eggmann, S. 155, wo sie eine Liste der «wichtigen Fälle» präsentiert.
- 75 BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 2630; Die Autoren äussern sich hier zu Pflichtverletzungen des VR; diese sind aber Gegenstand der Hinweispflicht der Revisionsstelle; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 755 N 12 ff.; BGE 127 III 332 ff. befasst sich mit dem Selbstkontrahieren/Doppelvertretung. Es hält fest, dass diese Geschäfte nachträglich von einem anderen VR genehmigt werden müssen. In Konzernen wird dieser Regel oft nicht nachgelebt. Entdeckt die Revisionsstelle zufällig solche Sachverhalte, ist ein Hinweis erforderlich.
- 76 Der kleinstmögliche Verdacht genügt nicht. Diese Abgrenzungsfrage bezüglich Verdachtshöhe kann nur einzelfallweise beantwortet werden. Im Zweifelsfalle gilt hier die Regel «Im Zweifel für die Sicherheit der Hinweisadressaten».
- 77 GzA Nr. 9, 3.4. Die Konsequenzen daraus sind in Ziff. 3.5 und in Ziff. 4.5 ersichtlich.
- 78 Bei kleinen Kunden kann es weniger als ein Tag sein, bei weitaus den meisten ist es weniger als eine Woche.
- 79 Der Hinweis an den VR ist zeitlich kein Problem, er kann jederzeit erfolgen.
- 80 Die Frage ist brisant. Der VR verlangt, den Hinweis der GV nicht im Bericht, sondern mündlich mitzuteilen, weil er den Bericht Gläubigern aushändigen muss, die gemäss VR kein Recht haben, Hinweise zu sehen. Sind z.B. Meinungsverschiedenheiten zwischen VR und Revisionsstelle bezüglich Steurrückstellungen vorhanden, dann ist es kaum Aufgabe der Revisionsstelle, die Steuerbehörde mittels Hinweis darauf aufmerksam zu machen. Bei Gesellschaften mit grossem Aktionärskreis bleibt die Frage ungelöst; da muss die Schwelle für die Annahme eines wichtigen Falles m.E. hoch gesetzt werden. Darf die Revisionsstelle auf den Hinweis der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für Aktionäre dann verzichten, wenn der VR bei den Minderheitsaktionären Zustimmung einholt?
- 81 GzA Nr. 17, 2.5, 3.4, 4.5; GzA Nr. 9, 3.5; HWP 4.1212 ff.
- 82 HWP 3.1422, S. 47; Chaudet, S. 319 f.
- 83 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N 20 FN 13.
- 84 Eggmann, S. 152.
- 85 Eggmann, S. 156 und S. 166 f.
- 86 Böckli Verantwortlichkeit, S. 19 (ii), die Äusserung steht aber in einem anderen Zusammenhang. In Böckli, N 1824 äussert er sich nicht zur zeitlichen Frage.
- 87 BGE 128 III 183 d).
- 88 BGE 128 III 186.
- 89 HWP 4.12123.
- 90 Daran kann auch der quer in der Landschaft stehende BGE 128 III 178 nichts ändern. Jede Gesellschaft verwendet ihr Kapital im Sinne ihres statutarischen Zweckes. Wenn allein das genügt, damit die qualifizierten Vorschriften entfallen (so dieser BGE), dann wären diese generell aufgehoben. Aus Vorsichtsgründen sollte die Revisionsstelle weiterhin von alter Lehre und Rechtsprechung ausgehen.
- 91 Entscheid 4C.53/2003; NZZ vom 21. Juli 2003, S. 14.
- 92 Art. 4<sup>bis</sup> BankG bzw. Art. 21 Abs. 1 BankG; Entscheid 4C.53/2003 A.c 2. Abs.
- 93 Bzw. der Appellationshof des Kantons Bern, Entscheid 4C.53/2003 C 4.1.
- 94 4C.506/1996; Forstmoser, Peter: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, in: SJZ 94 (1998) Nr. 21, S. 465; Hütte, Klaus: Fragen rund um die Haftung der Revisionsstelle aus nicht erkannten Veruntreuungen, in: SZW 4/98 (im Folgenden «Hütte»), S. 207 ff.
- 95 Hütte, S. 208.
- 96 Camponovo, Rico A.: Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: ST 12/97, S. 1145 ff.; Unklar ist, was Hütte (S. 210 Ziff. 3.3) meint. Der Entscheid zeigt die heutige Rechtslage klar auf.
- 97 In Sachen Moore & Co. c/ Kantonalbank des Kantons Jura in RJJ-2000-135 ff. Der Entscheid wird unter 2.4.2 detailliert besprochen.
- 98 Camponovo, Rico A.: Der Rangrücktritt und seine Alternativen, in: ST 9/02, S. 816 ff.
- 99 Es stützt sich dabei auf den neuen Basler Kommentar/BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 43.
- 100 4C.200/2002; Pra 2003 Nr. 105; Forstmoser, Peter/Harder Schuler, Christa-Maria: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, in: SJZ 99 (2003) Nr. 21, 561 f.
- 101 Vermutlich auf CHF 2,650,000, wobei der Rangrücktritt nicht über CHF 2,306 Mio. erhöht wurde.
- 102 BGE 129 III 130 f., 7.1.
- 103 BGE 129 III 131, 7.1 f.
- 104 BGE 129 III 132, 7.4.
- 105 BGE 129 III 133; Gemäss dem Entscheid verlief die Transaktion zu Verkehrswerten, so dass daraus keine weitere Schädigung der Gesellschaft resultieren konnte, Aktiven- und Passivenabnahme hielten sich nämlich die Waage.
- 106 BGE 129 III 133.
- 107 BGE 129 III 133.
- 108 Das Bundesgericht hat diese Überlegungen wohl deshalb unterlassen, weil es die Klage anschliessend mangels adäquatem Kausalzusammenhang sowieso ablehnte.
- 109 BGE 129 III 133, 7.5.
- 110 Paulianische Anfechtung wäre ev. trotzdem möglich.
- 111 Pra 2001 Nr. 179.
- 112 Es fehlt die Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich um eine schwere, mittlere oder leichte Pflichtverletzung handle.
- 113 Die sich im Rahmen ihrer Auftragsstellung mit Hinweis auf die noch nicht ganz geklärte Rechtslage absichern.
- 114 Herzog, Peter: Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle für eine Steuereinschätzung von Amtes wegen, in: ST 4/03, S. 268 f.
- 115 Frey, Erich: Fliegender Wechsel der Revisionsstelle, in: ST (im Folgenden «Frey») 4/94, S. 294.

- 116 Vorstehend 2.1.2.3.1, Eggmann, S. 152.
- 117 4C.198/2000.
- 118 4C.198/2000, A letzter Absatz und B zweiter Absatz.
- 119 4C.198/2000, E 4.c) Abs. 3.
- 120 Diese Formulierungen lassen es zu, dass nur bestehende Aktionäre und Gläubiger gemeint sein könnten. Vgl. die Zusammenfassung bei Forstmoser, Peter: Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 151, Zürich 1997 (im Folgenden «Forstmoser Revisor»), N 277 ff.; Eggmann, S. 40.
- 121 Vgl. die Zusammenfassung bei Forstmoser Revisor, N 285 ff.
- 122 Ruoss, Reto Thomas: Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors, in: ST 7-8/96 (im Folgenden «Ruoss Haftung»), S. 559 ff.
- 123 Ruoss Haftung, S. 568 f.
- 124 Ruoss Haftung, S. 565 f.; Forstmoser, S. 500 cc).
- 125 Böckli Verantwortlichkeit, S. 35 f.
- 126 Sogleich zum entsprechenden BGE vom 19.12.1997 (4C.13/1997).
- 127 Forstmoser, S. 497 ff., 498 bb).
- 128 Forstmoser, S. 505.
- 129 Forstmoser, S. 497, 498 aa); er lässt dabei offen, inwiefern sich die Verletzung einer Prüfpflicht als Haftungsgrundlage für einen künftigen Investor eignet. Sofern sie zu einem fehlerhaften Revisionsbericht führt (andere Folgen kann sie kaum haben), gelten ja obige Ausführungen zum fehlerhaften Bericht, der ja gerade nicht als Haftungsgrundlage taugt.
- 130 BGE 4C.13/1997 = Pra 1998 Nr. 122; Honold, Kersten Alexander: Zur Dritthaftung der Revisionsstelle, in: ST 10/98 (im Folgenden «Honold»), S. 1069 ff.; Bertschinger, Urs: Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, in: ST 10/99 (im Folgenden «Bertschinger»), S. 912 ff.; Groner, Roger/Vogt, Hans-Ueli: Zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Investoren, in: recht 1998 (im Folgenden «Groner/Vogt»), S. 257 ff.; Pfeifer, S. 1470.
- 131 Forstmoser, S. 499.
- 132 Vgl. Rechtsprechung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben (BGE 114 II 250); Groner/Vogt, S. 260 FN 14.
- 133 Honold, S. 1070.
- 134 Aus einer früheren Publikation Forstmosers (Forstmoser Revisor, N 298 f. und 301). Es geht auf die gewichtigen Gegenargumente nicht ein, obwohl diese in derselben Publikation ebenfalls erörtert werden.
- 135 Bertschinger, S. 915.
- 136 GzA Nr. 17, Bericht der Revisionsstelle und des Konzernprüfers, 3.3 i. V. m. 4.4.
- 137 Die Revisionsstelle begründete den Verzicht auf Rückweisung damit, dass durch den geplanten Verkauf die Muttergesellschaft in die Lage versetzt werde, die dubiosen konzerninternen Forderungen zurückzuzahlen. Damit wäre das Problem der Einlagerückgewähr, des Klumpenrisikos und des Abschreibungsbedarfes gelöst gewesen. Der Investor ist vermutlich davon ausgegangen, dass dann das Eigenkapital mindestens die genannten CHF 1,45 Mio. erreichen müsste. Die Überschuldung betrug aber auch dann CHF 2,3 Mio.
- 138 Honold, S. 1071; Noch weiter geht ein Entscheid des Kantonsgerichtes Waadt vom 23. November 1989, wo der Revisionsstelle zugemutet wird, Strafanzeige gegen ihren Kunden einzureichen! vgl. Chaudet, S. 320 f.
- 139 Eine gute Zusammenfassung bei Forstmoser, S. 504 f.
- 140 Die sich extensiv mit der Problematik befasst haben.
- 141 Ebenso Groner/Vogt, S. 259 FN 13.
- 142 Forstmoser, S. 499 f.; Honold, S. 1072.
- 143 Vgl. anstelle vieler: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 58; Ruoss Sorgfalt, S. 122, S. 125.
- 144 Die Quantifizierung des Schadens ist nur mit sehr guten Buchhaltungskennntnissen möglich.
- 145 Meist muss der Negativsaldo des abgeschlossenen Konkursverfahrens als «Schaden» erhalten.
- 146 Sachverhalt vorne: 2.1.2.2.1; 4C.117/1999; Luterbacher, S. 1267 ff., S. 1271.
- 147 Entscheid 4C.366/2000 E 3.b) bb); Sachverhalt vorne: Exkurs zu 2.1.2.2.1.
- 148 Entscheid 4C.366/2000 E 3.b) cc).
- 149 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.2.
- 150 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, S. 117 ff.
- 151 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, S. 117 ff. E 4.d.
- 152 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, S. 117 ff. E 4.b; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 757 N 27; Forstmoser, S. 506 c) geht offenbar noch davon aus, dass kollierte Forderungen nicht materiell überprüft werden können. Er bezieht sich allerdings nicht auf die hier zitierten Entscheidungen.
- 153 Pra 1996 Nr. 208, S. 809 E 9b).
- 154 St. Galler Gerichts- und Verwaltungspraxis-2000-42, S. 117 ff. E 4.b.
- 155 Was aber, wenn R eine Forderung bestreitet, von der der Kläger nicht Gläubiger ist? Wer vertritt den Standpunkt, dass diese materiell begründet sei?
- 156 Weil der neu reduzierte Gesamtausfall von CHF 497,500 (552,500-55,000) die eingeklagte Summe von CHF 60,000 nach wie vor übersteigt.
- 157 Art. 260 Abs. 2 SchKG, ich vernachlässige die Prozesskosten.
- 158 Muss der Kollokationsplan von Amtes wegen abgeändert werden, wenn R dies z. B. mitteilt?
- 159 Gauch, Peter/Schluep, Walther R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Band II, 7. A. (Zürich 1998) N 2790.
- 160 Auch in der Literatur sind die Stellungnahmen eindeutig, z. B. bei, Forstmoser, Peter: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. (Zürich 1987) S. 73 ff.), insb. N 157 ff.; Forstmoser Revisor, N 50 f.; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 21; Ruoss Sorgfalt, S. 131 f.; Eggmann, S. 210 f.; Hasenböhler, S. 51 ff.
- 161 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.2.
- 162 Analog verfuhr das Bundesgericht in einem Entscheid vom 18. Dezember 2001, 4C.160/2001 E 2.d) bb).
- 163 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 100 ff.; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 51; Forstmoser Revisor, N 57 ff.; Eggmann, S. 212 ff.
- 164 Sachverhalt vorne: 2.1.2.2.1; 4C.117/1999; Luterbacher, S. 1267 ff., S. 1269.
- 165 Luterbacher, S. 1270.
- 166 Sachverhalt vorne: 2.1.2.4; Pra 2001 Nr. 179.
- 167 Pra 2001 Nr. 179 S. 1090 f.; BGE 127 III 459.
- 168 Pra 2001 Nr. 179, S. 1091; BGE 127 III 459 f.
- 169 Sachverhalt vorne: 2.1.2.7; 4C.198/2000.
- 170 4C.198/2000, E 5. b).
- 171 Eggmann, S. 179 ff. insb. S. 184 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 91; Forstmoser Verantwortlichkeit, S. 390; Böckli Verantwortlichkeit, S. 21 ff.; Böckli, N 2012c ff.; Forstmoser S. 501 f.; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 43 ff. und Art. 755 N 19 ff.; Groner/Vogt, S. 263; Allgemein zum Kausalzusammenhang: Brehm, Roland: Berner Kommentar VI/1/3/1. 2.A., OR 41 N 103 ff.
- 172 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.2.
- 173 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.2.
- 174 Sachverhalt vorne: 2.1.2.6; Frey, S. 294.
- 175 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.6; 4C.200/2002.
- 176 4C.200/2002 E 8.
- 177 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.3; Entscheid 4C.53/2003; NZZ vom 21. Juli 2003, S. 14.
- 178 Sachverhalt vorne: 2.1.2.4; Pra 2001 Nr. 179.
- 179 Sachverhalt vorne: 2.1.2.3.4; 4C.506/1996.
- 180 Hütte, S. 208.
- 181 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 75 ff.
- 182 Eggmann, S. 224; Forstmoser Revisor, N 222 f.; Böckli, N 2020 ff.
- 183 Eggmann, S. 226 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 107 ff.; Forstmoser Verantwortlichkeit, S. 391 f.; Forstmoser Revisor, N 224 ff.; Böckli Verantwortlichkeit, S. 17 ff. und S. 24; Forstmoser, S. 503; Böckli, N 2022 ff.; Böckli, Peter: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, in: SZW 6/93, S. 267 ff.; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 759 N 3 ff.
- 184 Vgl. auch SZW 5/96, S. 234 ff.; bestätigt BGE vom 14. Dezember 1999 in RJJ-2000-142.
- 185 BSK OR II-Widmer/Banz, vor Art. 754 N 3.
- 186 In Sachen Moore & Co. c/ Kantonbank des Kantons Jura in RJJ-2000-135 ff. (Revue jurassienne de jurisprudence)
- 187 RJJ-2000-143 ff. E 7.a).
- 188 Der Sachverhalt sagt nichts über die Revisionsberichte 1983 bis 1985. Es ist davon auszugehen, dass sie analog abgefasst waren. Für 1986 wurde kein Revisionsbericht mehr erstellt.
- 189 RJJ-2000-145; Unter 1.2 habe ich auf diese widersprüchliche gesetzliche Regelung hingewiesen; der VR bekleidet gesetzlich gesehen viel die wichtigere Position in der AG als die Revisionsstelle, muss aber keinerlei Befähigung aufweisen. Im Verantwortlichkeitsfalle haben seine Fehler entsprechend kleinere Konsequenzen.
- 190 RJJ-2000-143.
- 191 RJJ-2000-146.
- 192 Sachverhalt vorne: 2.1.2.7; 4C.198/2000 E 5.a).