

# Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen

Peter Böckli und Christoph B. Bühler

Inhalt	Seite
<b>1 Probleme des geltenden Konzepts der differenzierten Solidarität</b>	<b>238</b>
1.1 Begrenzte Tragweite des Konzepts von 1991	238
1.2 Gründe für die Fehlentwicklung	239
1.3 Handlungsbedarf des Gesetzgebers?	241
<b>2 Der bundesrätliche Entwurf von 2007</b>	<b>241</b>
2.1 Wortlaut des bundesrätlichen Vorschlags	241
2.2 Leitidee: Projektion des Regressverhältnisses auf das Aussenverhältnis	242
2.3 Weit gehende Aufhebung der Solidarität des Prüfers mit den Geprüften	243
2.4 Rechtliche Begründung für eine differenzierte Behandlung der Revisionsstelle im Verhältnis zu den geschäftsführenden Organen	245
<b>3 Probleme in der praktischen Umsetzung des virtuellen Regressprozesses</b>	<b>249</b>
3.1 Prozessuale Hürden und methodische Schwierigkeiten	249
3.2 Schwierige Aufgabe für den Richter	250
3.3 Weitere prozessrechtliche Fragen	251
3.4 Fallbeispiel	252
3.5 Folgerungen	254
3.6 Zwischenergebnis und Vorbehalt zur Beurteilung von Art. 759 Abs. 1 <sup>bis</sup>	255

<b>4</b>	<b>Lösungsansatz der Streitverkündungsklage als Ergänzung zum bundesrätlichen Gesetzesvorschlag</b>	<b>255</b>
4.1	Bedeutung der Streitverkündungsklage («appel en cause»)	256
4.2	Die Frage der Nebenintervention	260
<b>5</b>	<b>Beurteilung des Gesetzesentwurfs im kritischen Vergleich mit alternativen Lösungsansätzen</b>	<b>261</b>
5.1	Erste Variante, Ansatz beim Verschulden	261
5.2	Zweite Variante, Ansatz beim Haftungsbetrag	262
5.3	Dritte Variante, Ansatz beim Gesamtschaden (objektive Teilhaftung)	264
5.4	Vierte Variante, Privatautonomer Ansatz: statutarische Haftungsmitel	265
5.5	Fünfte Variante, Ansatz bei der Versicherungspflicht	266
5.6	Sechste denkbare Variante: graduelle Teilhaftung nach Verschulden	267
<b>6</b>	<b>Fazit</b>	<b>268</b>

Prof. Dr. Peter Bockli, Advokat/Dr. Christoph B. Bühler, LL.M., Advokat,  
Bockli Bodmer & Partner, Advokatur & Notariat, Basel.

Die Verfasser danken Frau lic.iur. Nadine Schneider, Advokatin, für ihre Mitwirkung bei der Erarbeitung der Unterlagen und der Schlusskontrolle sowie verschiedene wertvolle Hinweise.

## Einleitung

Die unbeschränkte Haftung der Revisionsstelle gegenüber den Gläubigern der von ihr geprüften Gesellschaft<sup>1</sup> für fahrlässig verursachte oder auch nur mitverursachte Gesellschaftsschäden ist eines der brennendsten Themen des heutigen Wirtschaftsrechts<sup>2</sup>. Eine Tendenz, in Anwendung der «*deep-pocket*»-Theorie<sup>3</sup> im Konkursfall in erster Linie die Revisoren zur Schadensdeckung heranzuziehen, geht zwar schon einige Zeit zurück, doch hat sie sich verstärkt und scheint geradezu zu einem «*Ritual*» geworden zu sein<sup>4</sup>. Die Konkursverwalter oder Liquidatoren konzentrieren in Insolvenzfällen ihre Haftungsansprüche mit Vorliebe auf die Revisionsstelle. Genau entgegen dem, was bei der Aktienrechtsrevision von 1983/91 angestrebt worden war<sup>5</sup>, ist in Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Revisionsstelle die bevorzugte oder manchmal sogar ausschliessliche Zielscheibe, obwohl sie im Unterschied zu den Leitungsorganen nicht die Hauptverantwortung für die Aktiengesellschaft trägt<sup>6</sup>. Die Solidarhaftung der Revisionsstelle wurde denn auch als die «*grösste berufliche Herausforderung*» der Wirtschaftsprüfer bezeichnet<sup>7</sup>. Durch das Zusammentreffen konzentrisch wirkender Faktoren ist die Revisionsstelle für diejenigen, die Haftungsansprüche geltend machen, ein besonders lohnendes Ziel.

Im Rahmen der im Dezember 2005 angestossenen Teilrevision des Aktienrechts wird die Frage der Haftungsbeschränkung der Revisionsstelle kontrovers diskutiert<sup>8</sup>. Die am 21. Dezember 2007 vom Bundesrat verabschiedete Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts schlägt nun vor, dass die Revisionsstelle für jeden Grad der Fahrlässigkeit nur noch bis zu demjenigen Betrag haften soll, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müsste. Damit soll der *subsidiären* Stellung des Revisionsorgans sachlich Rechnung getragen und vermieden werden, «*dass die Revisionsstelle auch bei einem sehr kleinen Verschulden letztlich voll für das Verschulden des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung aufkommen muss*»<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Art. 755 und Art. 757 OR in der Fassung vom 4. Oktober 1991.

<sup>2</sup> So bereits *Botschaft 1983*, 106, Ziff. 217.2; *Peter Böckli* (1994) 1.

<sup>3</sup> «*Tief*» ist die Tasche der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in typischen Fällen im Vergleich mit den als Beklagten infrage kommenden, oft primär schuldigen Leitungsorganen, und wegen der meist nur auf der Seite der Revisoren bestehenden Haftpflichtversicherung.

<sup>4</sup> So *Jean Nicolas Druey* (2007) 29; vgl. auch *Vito Roberto* (2006) 30.

<sup>5</sup> *Botschaft 1983*, a.a.O.

<sup>6</sup> *Peter Forstmoser* (2001) 483 ff.; vgl. auch *Thierry Luterbacher* (2006) 864.

<sup>7</sup> *Finanz und Wirtschaft*, 19. März 2005, 16.

<sup>8</sup> Zum *Vorentwurf EJPD* vom 2. Dezember 2005: hiernach Ziff. 3.1.2.1., vgl. S. 262 weiter hinten.

<sup>9</sup> So wörtlich, wenn auch rechtlich nicht ganz präzise, *die Botschaft 2007*, 1696, Ziff. 2.1.36.

# 1 Probleme des geltenden Konzepts der differenzierten Solidarität

## 1.1 Begrenzte Tragweite des Konzepts von 1991

Das heute geltende Aktienrecht von 1991 differenziert die Solidarhaftung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bereits *im Aussehenverhältnis*, d.h. gegenüber dem Geschädigten, nach dem Grad des persönlichen ursächlichen Schadensbeitrages und verbessert so im Grundansatz die Stellung eines Beklagten, der, wie die Revisionsstelle, im typischen Fall nicht den primären und nicht den grössten Beitrag zur Entstehung des Gesamtschadens erbracht hat. Jeder Solidarschuldner kann seine persönlichen, ihn betreffenden *Umstände* und *Herabsetzungsgründe* gemäss Art. 43 und 44 bereits gegenüber dem Kläger im Aussehenverhältnis geltend machen<sup>10</sup>.

Nach dem geltenden Konzept der *differenzierten Solidarität* gemäss Art. 759 OR 1991 sollte das Zusammenspiel zwischen Solidarität und Regress theoretisch dazu führen, dass jede verantwortliche Person letztlich diejenige Quote des Schadens tragen muss, die ihrem persönlichen Verschulden und den anderen relevanten Umständen entspricht<sup>11</sup>. Die Differenzierung sollte sozusagen eine Individualisierung der Haftung in das an sich vom Gleichheitsgedanken geprägte Regime der Solidarität bringen<sup>12</sup>. *In der Praxis* jedoch wird im Rahmen dieser im Gesetz eigentlich vorgesehenen «*Austarierung*» die Schadensersatzpflicht nur selten reduziert. Zwar haftet der Revisor dem Kläger solidarisch für einen Schaden, den regelmässig *in erster Linie* die Exekutivorgane verursacht haben, nur insoweit, als ihm dieser Schaden aufgrund seines eigenen Verschuldens, d.h. durch Mitverursachung des betreffenden Schadens in einer fahrlässigen Verletzung der eigenen Sorgfaltspflichten in der Durchführung der Revision und der Umstände «*persönlich zurechenbar*» ist. Nun wird aber der Revisor in einen typischen, «*führungsverursachten*» Schaden als Mitverursacher voll einbezogen, sobald gesagt werden kann, der Schaden wäre nicht oder geringer ausgefallen, wenn der Revisor noch sorgfältiger geprüft oder noch unmissverständlicher berichtet hätte. Sodann liegt der Kern jeder Solidarität, wie bereits dargelegt, auch bei der differenzierten Interpretation

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002 E 3.2.2.1 und H 235/03 vom 2. März 2004 E. 5; BGE 132 III 564, E. 7; BGE 127 III 459; Amtl. Bull. StR (1988) 526. – Vgl. u. a. *Peter Böckli* (1994) 25 ff. und 31; *Peter Nobel* (2003) 122 und 124; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (1996) 432; *Peter Böckli* (2004) § 18 N. 457; *Forstmoser/Sprecher/Töndury* (2005) N. 212 ff.; *Bernard Corboz* (2005) Art. 759 N. 18; *Vito Roberto* (2006) 34 f.; *Thierry Luterbacher* (2006) 871; *Olivier Chapuis* (2006) 155 m.w.H.; *Hans-Ueli Vogt* (2008) 28 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 96 II 172 ff. sowie BGE 127 III 453; vgl. u. a. *Urs Bertschinger* (2002) N. 1 zu Art. 759; *Vito Roberto* (1997) N. 846–872; derselbe (2006) 33 ff., 35; *Peter Böckli* (2004) § 18 N. 112; *Bernard Corboz* (2005) Art. 759 N. 39; *Hans-Ueli Vogt* (2008) 53 ff.

<sup>12</sup> *Peter Nobel* (2005) 122 und 124; *Hans-Ueli Vogt* (2008) 25.

des Art. 759 Abs. 1 OR in einer Überschusshaftung; der Revisionsstelle wird nach aussen mindestens teilweise das Insolvenzrisiko der Leitungsorgane aufgebürdet, obwohl ihr keine aktive geschäftsführende, sondern lediglich eine prüfende Aufgabe zukommt, sie eben nur subsidiäres *Organ oder sekundäres Organ ist*<sup>13</sup>. Der Vorbehalt der späteren Entlastung durch die Regressmöglichkeit bleibt oft «*nur verbaler Trost, wenn die Mitverantwortlichen zahlungsunfähig oder flüchtig sind*»<sup>14</sup>; es gehört zu den Rechtstatsachen, dass Revisionsstellen nur in seltenen Fällen sich durch erfolgreiche Rückgriffsprozesse entlasten können.

In 90 % aller Fälle – so die beste Schätzung der besten Kenner der Materie – endet der Anspruch der Konkursverwaltung mit einem Vergleich, und in den Vergleichsverhandlungen muss die Solidarität der Revisionsstelle notwendigerweise eskomptiert werden. In den relativ wenigen Fällen, die zu einem Endurteil der letzten Instanz führen, hat sich die differenzierte Haftung des Modells 1991 nur selten zugunsten der Revisionsstelle ausgewirkt. Dies führt zusammen mit anderen Elementen im praktischen Ergebnis dazu, dass die Revisionsstelle – in der Solidarität mit den Leitungsorganen – tendenziell in eine *garantenähnliche Stellung* gerät<sup>15</sup>. Wenn es das Ziel der Aktienrechtsrevision von 1991 war, das finanzielle Risiko der meist nur sekundär in die Entstehung eines Schadenfalls involvierten Revisionsstelle zu reduzieren, so wurde dieses praktisch überhaupt nicht erreicht<sup>16</sup>.

## 1.2 Gründe für die Fehlentwicklung

Die einzelnen Gründe für die *übermässige Haftungsexponierung* der Revisionsgesellschaften in Verantwortlichkeitsfällen ordnen sich in einen ganzen Fächer ein<sup>17</sup>. Von Bedeutung sind insbesondere:

- i. *Engmaschiger Pflichtenkatalog*: die Revisionsstelle hat einen anspruchsvollen, *klar definierten Pflichtenkatalog* zu erfüllen<sup>18</sup>, was den Nachweis einer Pflichtverletzung erleichtert<sup>19</sup>. Stark vereinfacht gesagt: ein *Führungsfehler*

<sup>13</sup> Peter Böckli (1994) 31.

<sup>14</sup> So schon Rolf Bär (1986) 67.

<sup>15</sup> Vgl. Rolf Bär (1984) 65; vgl. auch Rico A. Camponovo (2004) 71; Urs Bertschinger (2005) 592/93.

<sup>16</sup> Vito Roberto (2006) 30; *Begleitbericht EJPD 2005*, Ziff. 2.2.8; Oliver Chapuis (2006) 148, a.A. allerdings Hans Caspar von der Crone (2006) 13/14, der die geltende Regelung nicht für revisionsbedürftig hält.

<sup>17</sup> Siehe dazu u. a. Oliver Chapuis (2006) 153; Hans-Ueli Vogt (2008) 43/44.

<sup>18</sup> Ausführlich zur Frage einer haftungsverschärfenden Wirkung des neuen Revisionsrechts Vogt/Fischer (2006) 118 ff.; Peter Böckli (2007) N. 44 ff.; kritisch zu den vergleichsweise minimalen aktienrechtlichen Anforderungen an die Befähigung und Unabhängigkeit usw. des Verwaltungsrates Rico A. Camponovo (2004) 71.

<sup>19</sup> Vgl. Olivier Chapuis (2006) 153.

- ist in aller Regel noch lange kein Haftungsgrund, auch wenn er Schaden stiftet; ein *Revisionsfehler* aber ist *per definitionem*, wenn nicht das Wunder eines verschuldensfreien Fehlers vorliegt, ein Haftungsgrund;
- ii. *Qualifizierter Sorgfaltsmassstab*: die Tätigkeit der Revisionsstelle wird nicht erst seit Inkrafttreten des neuen Revisionsrechts an einem *qualifizierten Sorgfaltsmassstab* gemessen<sup>20</sup>;
  - iii. *Versicherungsdeckung*: die (grossen) Revisionsstellen sind in der Regel *vermögender* als die einzelnen beklagten Verwaltungsratsmitglieder und verfügen zudem über eine *Versicherungsdeckung*.
  - iv. *Keine und vor allem keine frühe Eingriffsmöglichkeit der Revisoren*: die Revisionsstelle hat *kaum eine Chance*, eine Schaden stiftende Pflichtverletzung der geschäftsführenden Organe während des Geschäftsjahres so frühzeitig zu erkennen, dass sie überhaupt noch *schadensverhindernd* oder *-eindämmend* eingreifen könnte<sup>21</sup>. Wenn die Revisoren ihre jährlichen Abschlussprüfungsarbeiten durchführen, ist die Ursache für die Schadensentstehung längst gesetzt, hat das Geschwür meistens längst weiter gewuchert. Zudem wird die Revisionsstelle *nicht* über die fortlaufende Managementtätigkeit informiert; sie ist nicht in das Management Information System (MIS) einbezogen. Sie nimmt zwar Einsicht in die Verwaltungsratsprotokolle, aber erst im Nachhinein, und sie hat gerade bei besonders schadensintensiven, verdeckten Entwicklungen durch das Protokollstudium überhaupt keinen Einblick in das wahre Geschehen. Das Unabhängigkeitsgebot versagt ihr – zu Recht – genau *jenes Recht und jene Pflicht zum Eingreifen*, die dem Verwaltungsrat als zentrales Mittel seiner Aufsichtstätigkeit zusteht.
  - v. *Druck der Versicherer auf Vergleichsabschluss*: Der Druck auf die Revisionsstelle zur Erzielung eines Vergleiches ist nicht nur wegen der Tendenz der Versicherer, die Prozesse keineswegs bis zur letzten Instanz weiterzuführen, sondern auch aus Gründen des *Reputationsrisikos* beträchtlich. Den Klägern spielt dabei auch in die Hände, dass die Versicherungen daran interessiert sind, ein neues gerichtliches Präjudiz zu den Voraussetzungen einer Haftung der Revisionsstelle zu verhindern<sup>22</sup>.

.....  
<sup>20</sup> Art. 727b f. OR und Art. 3 ff. RAG; Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 1999, *Revue jurassienne de jurisprudence* 2000, 135 ff., E 7b: «*S'agissant de l'organe de contrôle, la prudence et la diligence attendues sont proportionnelles au haut degré de qualification exigé de celui-ci [...]*».

<sup>21</sup> *Botschaft* 2007, 1694, Ziff. 2.1.36.

<sup>22</sup> Vgl. *Peter R. Isler* (2005) 198; *Vogt/Fischer* (2006) 112 f.

vi. *Geringer Trost aus der Regressmöglichkeit*: Zwar steht der Revisionsstelle gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung, die häufig die Hauptverantwortung für den Zusammenbruch tragen, ein Regressanspruch zu. Oftmals reichen jedoch die finanziellen Mittel der Betroffenen nicht aus, um ihren Verpflichtungen nachzukommen<sup>23</sup>.

Die erwähnten sechs Hauptgründe machen nicht eine abschliessende Analyse aller Faktoren aus. Aber sie genügen, um die Revisionsstellen in der klassischen Konstellation einer Organverantwortlichkeit nach Schweizer Recht – im Konkurs der Gesellschaft sucht die Konkursverwaltung nach zahlungsfähigen Haftpflichtigen – als prädestiniertes Hauptopfer dastehen zu lassen.

### 1.3 Handlungsbedarf des Gesetzgebers?

Soll der Tendenz zu einer garantieähnlichen Wirkung der Haftungsregelung der Art. 755 ff. OR und insbesondere der Solidarität entgegengewirkt werden, bedarf es nach heute überwiegender Ansicht einer Reform<sup>24</sup>.

Ziel einer neuen Haftungsregelung muss es sein, die Haftung der Revisionsstelle im Verhältnis zu jener der Geschäftsführungsorgane auf das tatsächliche Zusammenwirken der beiden Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und das Zusammenspiel ihrer Pflichtenkataloge abzustimmen<sup>25</sup>. Sie hat darüber hinaus die Konsequenzen aus der neulich noch stärker rechtlich abgesicherten *Unabhängigkeit* der Revisionsstelle und aus ihrer in den praktisch wichtigsten Fällen *rein sekundären Rolle*<sup>26</sup> im unheilvollen Ablauf einer Schadensentwicklung zu ziehen.

## 2 Der bundesrätliche Entwurf von 2007

### 2.1 Wortlaut des bundesrätlichen Vorschlags

Der bundesrätliche Vorschlag versucht diesen unerwünschten Auswirkungen zu begegnen. Unter einer neuen Marginalie «C. Differenzierte Solidarität und Rückgriff» soll nach dem geltenden Art. 759 OR ein neuer Absatz 1<sup>bis</sup> mit folgendem Wortlaut eingefügt werden:

<sup>23</sup> Vgl. Edgar Fluri (2006) 826.

<sup>24</sup> Peter Forstmoser (2001) 510: «Korrekturen in der Gerichtspraxis und Massnahmen der Revisionsstelle können [...] das übermässige Haftungsrisiko der Revisionsstelle nur begrenzt vermindern. Dieser Befund weckt den Ruf nach dem Gesetzgeber»; a.M. allerdings Hans Caspar von der Crone (2006) 13 f.

<sup>25</sup> Hans-Ueli Vogt (2008) 45; vgl. auch Urs Bertschinger (2005) 595/596.

<sup>26</sup> Ausdrücklich so Botschaft 2007, 1694, Ziff. 2.1.36.

«Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, haften bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.»  
(Hervorhebungen durch Verfasser)

Dieser bereits 1983 im Rahmen der Aktienrechtsrevision<sup>27</sup> vorgeschlagene, von der Lehre damals kritisierte Vorschlag der Expertengruppe unter der Leitung von *Christoph von Greyerz* erhält damit beinahe 25 Jahre später ein unerwartetes Comeback.

## 2.2 Leitidee: Projektion des Regressverhältnisses auf das Aussenverhältnis

Während die geltende Regelung in Art. 759 Abs. 3 OR 1991 eine «*Würdigung aller Umstände*» erst im Regressverhältnis anordnet, soll der Lösungsvorschlag des Gesetzesentwurfs vom 21. Dezember 2007 dazu führen, dass die Haftung *auch im Aussenverhältnis* nur so weit geht, als sich dies aus den von den verschiedenen Organen zu verantwortenden Ursachen in der vergleichenden Abwägung durch das Gericht ergibt<sup>28</sup>. Die Revisionsstelle soll nach dem Vorschlag in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> auch im Aussenverhältnis gegenüber dem Geschädigten nur noch für denjenigen Anteil haften, «für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen» müsste. Die sehr besondere Methodik des Regressprozesses soll also quasi ins Aussenverhältnis verlegt werden. Der in Art. 759 Abs. 3 OR 1991 vorgezeichnete Regressprozess soll dabei nicht etwa zwingend mit dem Hauptprozess zusammengelegt werden; es geht vielmehr nach dem Konzept des Gesetzesentwurfs vom 21. Dezember 2007 um eine *virtuelle Projektion des Regressverhältnisses auf das Aussenverhältnis*. Der Regressprozess wird durch die Ergänzung um Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 somit nicht einfach überflüssig. Man könnte daher auch von einer *partiellen «Simulation des Regressprozesses im Aussenverhältnis»* sprechen<sup>29</sup>.

Dabei steht fest, dass die Revisionsstelle sich lediglich *im Falle fahrlässiger Mitverursachung* auf die neue Haftungsregel berufen kann. Oberhalb der Schwelle der Fahrlässigkeit, d. h. im Bereich dessen, was das OR «absichtliche» Verletzung von Rechtspflichten nennt – vor allem also bei einer *Kollusion* zwischen geschäftsführenden Personen und der Revisionsstelle – bleibt die neue Regel unwirksam<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Botschaft 1983, 106/107, Ziff. 217.2; Art. 759 Abs. 2 E-OR 1983.

<sup>28</sup> Vgl. *Hans-Ueli Vogt* (2008) 47.

<sup>29</sup> So bereits *Matthias Eppenberger* (1991) 542 ff. im Zusammenhang noch mit dem Revisionsentwurf des Bundesrates von 1983 für den damaligen Art. 759 Abs. 2 E-OR 1983.

<sup>30</sup> Es kommen dann die Regeln der differenzierten Solidarität nach dem bestehenden Konzept in Art. 759 OR Abs. 1-3 OR 1991 zur Anwendung.

Hat die Revisionsstelle dagegen «*bloss*» fahrlässig gehandelt oder sich fahrlässig einer Unterlassung schuldig gemacht, so ist nach dem bundesrätlichen Lösungskonzept der Schaden jedes einzelnen solidarisch Verantwortlichen ausgehend von der tatsächlich zu leistenden Schadenersatzsumme bereits im Aussenverhältnis *quotenmässig* zu beziffern<sup>31</sup>. Weil die Geschäftsführungorgane es sind, die die Schädigung in aller Regel auslösen und den davon ausgehenden Kausalverlauf primär beeinflussen können, und weil sie und nur sie in vielen Fällen während langer Zeit – im Gegensatz zur Revisionsstelle – den Schadensverlauf wahrnehmen und durch Gegenmassnahmen eigentlich abstoppen oder im Ausmass eindämmen können, hat die von der Revisionsstelle gesetzte Teilursache, bezogen auf den Schaden, in der Regel geringeres Gewicht. Das hat nach dem Konzept des bundesrätlichen Vorschlags zur Folge, dass die Revisionsstelle oft auch nach aussen, der für die Gläubigergesamtheit klagenden Konkursverwaltung gegenüber, einen geringeren quotalen Anteil am Schaden tragen muss.

Während das Verschulden zunächst nicht weiter zu differenzieren ist – es genügt, dass wie meist nicht Absicht, sondern Fahrlässigkeit vorliegt, um Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> anwendbar zu machen –, spielt anschliessend der ganz genau zu ermittelnde Verschuldensgrad eine umso grössere Rolle. Bei der Bemessung des *Umfangs des Rückgriffs* hat das genaue Ausmass des Verschuldens neben den weiteren Umständen grosse praktische Auswirkungen. Der Grad des Verschuldens und der weiteren Umstände hat unter Regressgesichtspunkten bestimmende Auswirkungen auf den Anteil am Schaden, den die Revisionsstelle endgültig zu tragen hat<sup>32</sup>. Der Verschuldensgrad ist unter allen massgeblichen «Umständen» anerkanntermassen der bei weitem Wichtigste.

Der Betrag, für den die Revisionsstelle unter Regressgesichtspunkten haftet, ist somit regelmässig beträchtlich kleiner als jener, den sie nach dem bestehenden Konzept der differenzierten Solidarhaftung im Aussenverhältnis unter Berücksichtigung ihres Verschuldens leisten müsste<sup>33</sup>.

### 2.3 Weit gehende Aufhebung der Solidarität des Prüfers mit den Geprüften

Die Solidarität in der Haftung der Revisionsstelle mit den geschäftsführenden Organmitgliedern wird durch die vorgeschlagene Bestimmung in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> bei fahrlässiger Mitverursachung *im Ergebnis aufgehoben*. Freilich verstrickt sich der Bundesrat in seinen Erläuterungen dazu erneut, wie schon in seiner unseligen *Botschaft 1983*, in Widersprüche. Der Bundesrat spricht in seiner ver-

<sup>31</sup> Vgl. schon *Felix Horber* (1986) 41 zum Gesetzesentwurf von 1983.

<sup>32</sup> Vgl. *Botschaft 2007*, 1696, Ziff. 2.1.36; *Katharina Rüdlinger* (2008) 22.

<sup>33</sup> Vgl. schon *Peter Forstmoser* (1997) 75.

schwommenen Ausdrucksweise von einer blossen «Verdeutlichung» der bereits im geltenden Recht vorgesehenen Regelung der differenzierten Solidarität. Davon kann keine Rede sein<sup>34</sup>; für den Fall, dass die Revisionsstelle den Schaden fahrlässig mitverursacht hat, wird deren Haftung vielmehr aus der Solidarität herausgelöst und verselbstständigt<sup>35</sup>.

Immerhin: Der Gesetzestext selbst ist diesmal klar und eindeutig formuliert. Und an anderer Stelle<sup>36</sup> lässt der Bundesrat dann doch durchblicken, worum es geht: um eine Aufhebung der Solidarität für die Revisionsstelle – und nur für sie.

Die dadurch vorgeschlagene Sonderbehandlung der Revisionsstelle bedarf ohne Zweifel einer eindeutigen Rechtfertigung. Diese ergibt sich, wie noch eingehender darzulegen ist, aus der Rolle des Abschlussprüfers. Die Ausklammerung der Revisionsstellen aus der Solidarhaftung<sup>37</sup> findet ihre Rechtfertigung *dogmatisch* in dem tief reichenden Unterschied zwischen einer geschäftsführenden Organtätigkeit und einer Tätigkeit als Revisionsstelle, und *pragmatisch* in den stossenden Auswirkungen des bestehenden Konzepts, namentlich in der «Opferrolle» bei Verantwortlichkeitsklagen von Konkursverwaltern und in der Abschiebung des *Bonitätsrisikos* der Gesellschaftsorgane auf die Revisionsstellen.

Die nun vorgeschlagene Lösung einer Begrenzung der Haftung auf den *Regressbetrag* nimmt zwar im Grundansatz einen Gesetzesvorschlag aus dem Jahre 1983 wieder auf<sup>38</sup>, ist aber klarer formuliert und besser eingegrenzt. Sie führt dazu, dass die Revisionsstelle als Beklagte auch im Aussenverhältnis lediglich ihren Anteil am von ihr – spezifisch durch Verletzung ihrer Revisionspflichten – verursachten Schaden tragen muss. Es wird dadurch nicht nur, aber vor allem sichergestellt, dass die Revisionsstelle – soweit ihr Schaden stiftender Beitrag sich im Bereiche der Fahrlässigkeit hält – nicht mehr für die Bonität der hauptverantwortlichen Leitungsorgane einstehen muss. Das ist vielleicht weniger hervorstechend im Bereich der bis zur Stufe des Bundesgerichts ausgefochtenen Verantwortlichkeitsprozesse, wohl aber in den in der Praxis viel wichtigeren *Vergleichsverhandlungen* mit den gegen die Revisionsstelle vorgehenden Konkursverwaltung. Die vorgeschlagene Lösung reduziert die Eignung der Revisionsstellen als bevorzugtes «Opfer».

.....  
<sup>34</sup> So aber *Botschaft 2007*, 1695 (unten), Ziff. 2.1.36. – Ähnlich wie hier *Hans-Ueli Vogt* (2008) 48; *Vito Roberto* (2006) 39/40.

<sup>35</sup> Befürwortet von *Peter Böckli* (2004) § 18 N. 180; *Jacques Bondallaz* (2005) 32/33.

<sup>36</sup> *Botschaft 2007*, 1696, Ziff. 2.1.36.

<sup>37</sup> Immer nur unter der Voraussetzung, es liege keine vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Mitverursachung des relevanten Schadens vor.

<sup>38</sup> *Botschaft 1983*, 106/107, Ziff. 217.2 und 194, Ziff. 364; Art. 759 Abs. 2 E-OR 1983.

Allerdings bietet die vorgeschlagene Haftungsregel den Abschlussprüfern auch nicht eine «schusssichere Weste». In allen jenen Fällen, in denen der am Schluss von der Revisionsstelle oder ihrem Versicherer zu bezahlende Ersatzbetrag – selbst nach der Herabsetzung auf einen blossen Anteil von z. B. 20 % nach dem System der relativen Teilhaftung – die Versicherungssumme weit übersteigt oder in die Hunderte von Millionen oder sogar in die Milliarden geht, ist vom neuen System wenig zu erwarten. Das am 21. Dezember 2007 vorgeschlagene System ändert nichts daran, dass die zugesprochene, wenn auch auf eine Quote beschränkte und herabgesetzte Summe ein Revisionsunternehmen in die Insolvenz treiben kann. Das neue System kann vermutlich nur in «kleinen und mittleren» Haftungsfällen eine echte Entlastung bringen, so wenn z. B. bei einer vorhandenen Versicherungsdeckung von CHF 5 Mio. der zu Lasten der Prüfer auf 20 % festgesetzte Ersatzbetrag CHF 2 Mio. ausmacht, der volle aber (mit CHF 10 Mio.) die Revisionsstelle mit den verbleibenden ungedeckten CHF 5 Mio. zum finanziellen Scheitern gebracht hätte.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 nur in eine Richtung wirkt: während die Revisionsstelle nämlich nicht mehr solidarisch mit den geschäftsführenden Organmitgliedern haftet, sind diese von der Solidarhaftung mit der Revisionsstelle nicht befreit.

## 2.4 Rechtliche Begründung für eine differenzierte Behandlung der Revisionsstelle im Verhältnis zu den geschäftsführenden Organen

### 2.4.1 Sonderbehandlung der Revisoren?

Der Vorschlag von 2007 stellt klar, dass die Befreiung von der Solidarität spezifisch *nur die mit Revisionsaufgaben betrauten Personen* betrifft<sup>39</sup>. Die Lösung führt in der Tat – wenn man in Abweichung von der hier vertretenen Auffassung die Haftung der Revisionsstelle und jene der geschäftsführenden Organe als idealerweise «symmetrisch» ansieht – zu einer *«Asymmetrie im Kreis der Verantwortlichen»*<sup>40</sup> bzw. zu einer Sonderbehandlung der Revisoren:

- i. Die Haftung der *Geschäftsführungsorgane* untersteht weiterhin dem Konzept der differenzierten Solidarität nach dem Modell des OR 1991;

<sup>39</sup> Der Gesetzesentwurf für Art. 759 OR von 1983 hatte in seiner letzten, publizierten Fassung (wegen des damaligen, hiervor kritisch erläuterten Absatzes 3) letztlich *allen* der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterworfenen Organträgern bereits im *Aussenverhältnis* die Haftungsmilderung zugestehen wollen. Er sah diese Begrenzung (i) bei der Revisionsstelle implizit für *alle Grade* der Fahrlässigkeit vor, (ii) für die geschäftsführenden Organe dagegen ausdrücklich nur im Bereich der *leichten* Fahrlässigkeit.

<sup>40</sup> So *Hans-Ueli Vogt* (2008) 47.

- ii. Für die Haftung der Revisionsstelle demgegenüber soll im Falle fahrlässiger Mitverursachung neu ein Konzept gelten, das einer *anteilmässigen Haftung* auch im Aussenverhältnis gleichkommt.

Es stellt sich die Frage, wie diese angebliche «*Asymmetrie*» rechtlich gerechtfertigt werden kann. Dieser Punkt ist entscheidend, denn es ist vorauszusehen, dass eine ganze Kohorte von Autoren (und später Parlamentariern) mit dem Argument der «*Asymmetrie*» und damit einer «*ungerechtfertigten Privilegierung*» gegen den Vorschlag des Bundesrates antreten wird.

#### 2.4.2 Materielle Begründung für die unterschiedliche Behandlung des Prüfers

Auf die Haftungsbeschränkung des Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 können sich nur die Revisionsstellen und nicht auch die geschäftsführenden Organe berufen. Diese unterschiedliche Behandlung der Verantwortlichen führt indessen nicht zu einer *unzulässigen Privilegierung* der Prüfer. Es gibt starke sachliche Gründe für diese Differenzierung.

##### 2.4.2.1 Dysfunktionale Auswirkungen der Einbindung der Revisionsstelle in die Solidarität

Nach Art. 755 OR 1991 haftet die Revisionsstelle für jeden in Verletzung der Pflichten eines Revisors schuldhaft, d.h. fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schaden. Dabei gilt nach der allgemeinen Lehre des Haftpflichtrechts die Mitverursachung als Verursachung. Durch diese Haftung ist die Revisionsstelle den Haftungsklagen nicht nur des eigenen Auftraggebers, sondern auch der Aktionäre und – im praktisch wichtigsten Fall, dem Insolvenzfall – insbesondere der Gesellschaftsgläubiger und der sie vertretenden Konkursverwaltung ausgesetzt. Dieser gesetzliche Einbezug der Revisoren in die Verantwortlichkeit eines Gesellschaftsorgans hält sie sicherlich, was im Rahmen der Corporate Governance zunächst als positiv beurteilt werden kann, einerseits dazu an, ihre Funktion besonders sorgfältig wahrzunehmen. Andererseits führt der Einbezug in die Haftung für Fehler der geschäftsführenden Organe auch dazu, dass die Revisionsstelle zu ihrem eigenen Schutz daran interessiert sein muss, in die Kausalitätskette einer Schadensverursachung, die von den Geschäftsführungsorganen ausgeht, möglichst frühzeitig einzugreifen. Eine derartige Einwirkung der Revisionsstelle in die Geschäftsabläufe ist jedoch absolut unvereinbar mit der in der Neufassung des Revisionsrechts von 2005 noch beträchtlich griffiger und klarer herausgearbeiteten Unabhängigkeit der Revisionsstelle<sup>41</sup> und dem ausdrücklichen gesetz-

.....  
<sup>41</sup> Art. 728 OR 2005.

lichen Verbot einer Prüfung der Geschäftstätigkeit<sup>42</sup>. Wer solidarisch für einen anderen haftet, hat indessen ein vitales Interesse daran, auf das Verhalten dieses anderen frühzeitig einzuwirken und die Entstehung des Schadens abzustoppen oder wenigstens eine Vergrösserung des Schadens zu verhindern. Die Solidarität zwischen den Führungsorganen und den Revisoren – den Prüfern also, die dem relevanten Fehlverhalten der geschäftsführenden Organe gar nicht oder zu spät auf die Spur gekommen sind und dadurch in die Schadensverursachung nachträglich als Mitverursacher einbezogen werden – muss daher letztlich eine eigentlich vom Gesetzgeber gerade nicht erwünschte, misstrauische und laufende Überwachung und Einmischung der Prüfer in den Kompetenzbereich der Geschäftsführung fördern<sup>43</sup>. Gerade eine derartige Einwirkung in die Geschäftsführungstätigkeit ist der Revisionsstelle rechtlich verboten und tatsächlich unmöglich, weil sie übers Jahr in der Gesellschaft nicht präsent ist<sup>44</sup>.

Es ist ein Wertungswiderspruch, wenn das gleiche Gesetz einerseits den Prüfer zu immer schärferer Unabhängigkeit von den geschäftsführenden Organen verpflichtet und ihn andererseits mit diesen solidarisch haftbar erklärt.

#### 2.4.2.2 Fehlende effektive Organfunktion der Revisionsstelle

Der Irrtum des Art. 759 Abs. 1 OR 1936<sup>45</sup> bestand darin, den Revisor rechtsdogmatisch einem Anstifter, (Mit-)Urheber oder Gehilfen eines Schädigers im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR gleichzusetzen – also den klassischen Mitverursacher im Handlungsablauf einer unerlaubten Handlung. Man beachtete nicht, dass der Revisor in seiner Rolle des Abschlussprüfers gar nicht unter die Definition eines echten Organs fällt – er darf gar nicht tun, was für ein Organ typisch ist – und immer nur eine gesetzlich definierte sekundäre Rolle spielt. Sein Versagen ist (wenn nicht etwa der skandalöse Fall einer Kollusion mit dem Verwaltungsrat vorliegt) darauf begrenzt, dass er den primär von den Geschäftsführern verursachten Fehler nicht rechtzeitig bemerkt oder die Auswirkungen nicht hinreichend erkannt oder den erkannten Fehler nicht kraftvoll genug gerügt hat. Eine Pflichtwidrigkeit in der oft schwierigen, sekundären Prüfungsrolle kann niemals rechtlich nach aussen die gleiche Haftungsfolge auslösen wie die primäre Schadensstiftung durch eine pflichtwidrige Führung der Geschäfte. Es geht also letztlich um eine fehlerhafte Übertragung der Mitverursachungslehre des allgemeinen Haftpflichtrechts auf die Sondersituation des Verhältnisses des Prüfers zum Geprüften. Es liegt ein eigentlicher Wertungsfehler vor.

.....  
<sup>42</sup> Art. 728a Abs. 3 und Art. 729a Abs. 3 OR 2005, dazu *Peter Böckli* (2007) N. 574 ff.

<sup>43</sup> *Peter Böckli* (1994) 11 ff; *BSK-Widmer/Banz* (2002) N. 24 zu Art. 755 und N. 1 ff. zu Art. 759.

<sup>44</sup> *Peter Böckli* (1994) 13 ff.; *derselbe* (2004) § 18 N. 180 ff. und N. 479 ff.; befürwortend *Vito Roberto* (2006) 37; *Peter R. Isler* (2005) 199/200; abweichend diesbezüglich u. a. *Irene Eggmann* (1997) 234.

<sup>45</sup> Im Ansatz schon Art. 674 OR 1881 (damals aber nur für *absichtliche* Pflichtverletzungen).

#### 2.4.2.3 Ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle im Unternehmen

Es entspricht einem Grundanliegen der Corporate Governance, ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle im Unternehmen herzustellen und aufrecht zu erhalten. Die Tatsache, dass aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen vornehmlich gegen die Revisionsstelle gerichtet werden, führt *im Ergebnis* zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Verschiebung von Verantwortlichkeiten der Geschäftsführungsorgane auf die Revisionsstelle. Die Corporate Governance zielt darauf ab, die Zuständigkeiten der drei Elemente Führung, Revision und Generalversammlung möglichst funktional zu definieren und jedem Bereich die ihn treffende Aufgabe und Verantwortung, aber auch nur diese, zuzuweisen. Aufgabe und Verantwortung sollen sich decken. Aus Sicht der Corporate Governance ist auch im Bereich der Verantwortlichkeit ein besseres Gleichgewicht zwischen den Grundfunktionen der verschiedenen Organe der Gesellschaft herzustellen, das der rein sekundären Stellung der mit der Revision betrauten Personen im Verhältnis zu den Geschäftsführungsorganen Rechnung trägt<sup>46</sup>.

#### 2.4.2.4 Risiko eines Marktversagens im Bereich der internationalen Prüfungsdienstleistungen

Publikumsgesellschaften benötigen Prüfungsdienstleistungen auf internationaler Ebene, wenn sie Tochtergesellschaften in mehreren Ländern unterhalten. Die Unternehmen haben dabei heute in der Regel nur die Wahl zwischen vier Anbietern<sup>47</sup>, die in der Lage sind, die Nachfrage nach internationalen Prüfungsleistungen für börsenkotierte Unternehmen zu bedienen. Im Bereich der Finanzdienstleistungen ist die Auswahl sogar noch weiter eingeschränkt, weil die Unabhängigkeitsvorschriften nicht die Inanspruchnahme desselben Anbieters für Prüfungs- und Bewertungsarbeiten gestatten und den Beizug einer anderen Firma für Nichtprüfungsdienstleistungen nahe legen. Verglichen mit der Lage noch vor fünf Jahren steigt durch die dargelegte Entwicklung der zunehmenden haftungsrechtlichen Exponiertheit der Revisoren das Risiko, dass weitere grosse Anbieter von Prüfungsdienstleistungen<sup>48</sup> aus dem Markt ausscheiden. Die Aussicht, dass ein neuer wichtiger Akteur in den Markt eintritt, ist demgegenüber relativ gering, da der Aufbau eines internationalen Netzes Zeit und Ressourcen erfordert<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> So ausdrücklich nun die *Botschaft 2007*, 1694 ff. und insb. 1696, Ziff. 2.1.36.

<sup>47</sup> Den sogenannten «*Big Four*»: PricewaterhouseCoopers, KPMG, Deloitte und Ernst & Young.

<sup>48</sup> «*Big Four*», bis 2002 noch «*Big Five*»; zuvor «*Big Eight*».

<sup>49</sup> Vgl. deutsche Zusammenfassung des begleitenden EU-Kommissionsdokumentes zur Empfehlung der Kommission vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, 1.

#### 2.4.2.5 Mangelnde Versicherungskapazität

Nach den im Juni 2008 veröffentlichten Erhebungen der Europäischen Kommission deckt der derzeitige gewerbliche Versicherungsschutz häufig weniger als 5 % der grösseren Schadenersatzansprüche ab. Für die übrigen Forderungen betreiben die «Big Four» ihre eigenen Selbstversicherungsgesellschaften («*Captives*»), welche Prämien von Prüfungsgesellschaften im gleichen Netz zusammenlegen und so einige grössere Entschädigungsansprüche in begrenztem Umfang abdecken können. Der Zugang zu externen Versicherungen für Prüfungsgesellschaften, die Publikumsgesellschaften prüfen, ist demgegenüber stark rückläufig. Nach Verlusten von über EUR 2 Mrd. im Zeitraum von 1981 bis 1992 ist der gewerbliche Versicherungsmarkt nicht mehr in der Lage, einen vollen Berufshaftpflichtversicherungsschutz für den internationalen Wirtschaftsprüfungsmarkt anzubieten.

Auf dem dargelegten rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergrund rechtfertigt sich das vom Bundesrat gewählte Konzept einer Ausklammerung der Revisionsstelle aus der solidarischen Haftung für Pflichtverletzungen der geschäftsführenden Organmitglieder. Es packt ein Problem an, das echte wirtschaftliche Hintergründe hat und keineswegs als Versuch eines Berufszweigs abgetan werden kann, sich Privilegien zu ergattern. Es hat sich überdies gezeigt, dass die oben analysierten Probleme ihre Wurzeln in einer eigentlichen juristischen Fehlkonzeption des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts von 1881 und 1936 haben und nicht nur Zufälle der Rechtspraxis ausdrücken.

### 3 Probleme in der praktischen Umsetzung des virtuellen Regressprozesses

Nun ist es freilich auch nicht angebracht anzunehmen, das am 21. Dezember 2007 dem Parlament zur Beratung zugeleitete Konzept der aus der Solidarität ausgeklammerten Revisionshaftung sei frei von Problemen.

#### 3.1 Prozessuale Hürden und methodische Schwierigkeiten

Eines steht fest: Der durch die Ausklammerung aus der Solidarität bewirkte Wegfall der Überschusshaftung dürfte geeignet sein, in den praktisch im Vordergrund stehenden Insolvenzfällen den Anreiz für eine selektive und unverhältnismässige Einklagung der Revisionsstelle einzudämmen und das Interesse des Klägers vermehrt auf die (erst-)verantwortlichen Verwaltungsräte und Geschäftsführungsmitglieder zu richten<sup>50</sup>. Es stellt sich jedoch die Frage, ob und wie der vom Bundesrat in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 nun anvisierte Lösungsansatz eines «virtuellen

<sup>50</sup> Vgl. Widmer/Camponovo (2008) 114; Matthias Eppenberger (1991) 544/45.

*Regressprozesses*» im Aussenverhältnis auch in der Praxis durchführbar ist. In der Tat stellen sich da dornige Probleme. Einige dieser Fragen wurden bereits im Zusammenhang mit dem bundesrätlichen Vorschlag von Art. 759 E-OR 1983 kontrovers diskutiert.

### 3.2 Schwierige Aufgabe für den Richter

Nach dem Grundsatz des *rechtlichen Gehörs* haben die Parteien Anspruch darauf, dass sie ihre Sache dem Gericht vortragen und zu allen Vorbringen der Gegenpartei Stellung nehmen können, dass ihre Beweismittel abgenommen werden und dass sich das Gericht ernsthaft mit ihren Vorbringen und Beweisen auseinandersetzt<sup>51</sup>. Wichtigster Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist das Recht auf gebührende Anhörung bezüglich der eigenen tatsächlichen und rechtlichen Begründung der Klage und bezüglich der Ausführungen der Gegenpartei vor dem Erlass des Urteils. Nun ist allerdings klar, dass ein möglicher Beklagter, der nicht in den Prozess einbezogen ist, auch nicht volles Anrecht auf rechtliches Gehör hat, gegebenenfalls nur auf eine Anhörung als Nebenintervenient.<sup>52</sup>

Wie schon *Arthur Hunziker*<sup>53</sup> ausgeführt hat, lässt sich der Grundsatz *«audiatur et altera pars»* unter dem Konzept des *«virtuellen Regressprozesses»* oftmals nicht in befriedigender Weise durchführen. Im *«virtuellen Regressprozess»*, der sich nach dem Konzept des Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> um die Haftung der Revisionsstelle dreht, können einzelne oder gerade die für den Prozess wichtigsten dieser Parteien fehlen. Sie können sich folglich auch gegen allfällige Schuldzuweisungen auf ihre Person, die im virtuellen Regressprozess zu einem wichtigen Thema werden, nicht zur Wehr setzen und den Beitrag zur Erhellung des Sachverhaltes nicht leisten, der im echten Regressprozess zustande käme. Es besteht daher ein gewisses Risiko, dass der Richter zu einer falschen oder unvollständigen Würdigung des Verschuldens aller im *«virtuellen Regressprozess»* unter die Lupe zu nehmenden Organmitglieder verleitet wird. Die Revisionsstelle hat ein natürliches Interesse daran, das Verschulden der geschäftsführenden Organe – mindestens einzelner unter ihnen – als möglichst gross darzustellen, und das eigene als gering, und ausser dem Kläger kann niemand ihr mit Behauptungen und Beweisen widersprechen. Wird die Revisionsstelle allein eingeklagt, so muss der Richter im *«virtuellen Regressprozess»* über Rechtsverhältnisse zwischen Personen urteilen, die nicht an dem kontradiktorischen Verfahren selber teilgenommen haben<sup>54</sup>. Der Richter müsste namentlich den relativen Schuldanteil eines von mehreren Ersatzpflichtigen in

<sup>51</sup> *Vogel/Spühler* (2006) § 31 N. 73; zur *formellen Natur* des Gehörsanspruchs siehe BGE 111 Ia 166.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 72 E-ZPO 2006.

<sup>53</sup> *Arthur Hunziker* (1984) 104/05.

<sup>54</sup> Kritisch in diesem Sinne bereits *Matthias Eppenberger* (1991) 543; vgl. auch *Urs Bertschinger* (2005) 593.

Abwesenheit der anderen Mitverantwortlichen bemessen; diese können allenfalls nicht aufzeigen, dass *relativ* das grösste Verschulden eben doch bei der Revisionsstelle liegt. Der Grundsatz «*audiatur et altera pars*» wird, wenn man vom Fall einer Nebenintervention absieht, in der gegebenen Konstellation ausgehebelt, was die Revisionsstelle, wenn sie alleine eingeklagt wird, im «*virtuellen Regressprozess*» systematisch zu begünstigen scheint.

Der Richter hat dann – weil nur der Kläger und auf der Beklagtenseite im anvisierten Fall nur die Revisionsstelle Sachbehauptungen aufstellen und Beweisanträge stellen können – Mühe, die Regressprozess-Situation einigermassen verlässlich zu «*simulieren*». Das Gericht muss sich geistig einen Sachverhalt vor Augen führen und, unter Beachtung von Beweisregeln, erstellte und nicht erstellte Sachverhaltselemente unterscheiden. Schliesslich muss es aus dem so gewonnenen Bild heraus das individuelle Verschulden (nebst anderen Umständen) der Revisionsstelle mit demjenigen der geschäftsführenden Organmitglieder konfrontieren. Es gelangt auf diese Weise zu einem «*Verschuldensgefälle*» unter den Beteiligten, aus dem sich dann die Haftungsquote für die Revisionsstelle ableiten lässt.

Wie auch immer das Gericht vorgeht, immer steht eines fest: das Gericht kann in einem «*virtuellen Regressprozess*» zu einem anderen Ergebnis gelangen als bei der anschliessenden effektiven Festlegung der Regressquoten im Innenverhältnis, aufgrund eines nachher noch tatsächlich durchgeführten Regressprozesses<sup>55</sup>.

Virtuelle Überlegungen hat das Gericht zwar bereits etwa im Rahmen der «*antizipierten Beweiswürdigung*» anzustellen; diese ist insbesondere zulässig, wenn das Gericht den Sachverhalt als durch die bereits erhobenen Beweismittel hinlänglich abgeklärt erachtet oder wenn es infolge Zeitablaufs für ausgeschlossen hält, dass durch weitere Beweissmassnahmen noch Näheres in Erfahrung gebracht werden könnte<sup>56</sup>. Die virtuelle Durchführung eines Regressprozesses zur Bestimmung des Haftungsanteils einer eingeklagten Revisionsstelle geht aber im Schwierigkeitsgrad der notwendigen hypothetischen Gedankenabläufe darüber hinaus.

### 3.3 Weitere prozessrechtliche Fragen

Es bestehen noch weitere prozessrechtliche Stolpersteine des bundesrätlichen Entwurfs. Ungeklärt ist etwa, wie das Verhältnis der Revisionsstelle zu *den übrigen Haftpflichtigen* im Prozess thematisiert werden kann. Es stellt sich die Frage, wie und unter welchen Bedingungen die Geschäftsführungsorgane nachträglich Regress auf die Revisionsstelle nehmen können, nachdem diese aufgrund eines

.....  
<sup>55</sup> Vgl. zu diesem Problem auch *Hans-Ueli Vogt* (2008) 54.

<sup>56</sup> *Vogel/Spühler* (2007) § 47 N. 79b mit Verweis insbesondere auf BGE 90 II 310 und BGE 98 II 245.

Urteils oder Vergleichs den Betrag bezahlt hat, für den sie gemäss Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 zufolge Rückgriffs hätte aufkommen müssen<sup>57</sup>. Ein Rückgriff geschäftsführender Organmitglieder auf die Revisionsstelle wird offenbar durch Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 nicht ausgeschlossen. Offen ist auch, ob der Richter im späteren, effektiven Regressprozess an das im virtuellen Regressprozess zustande gekommene Urteil über die Haftung der Revisionsstelle gegenüber dem Geschädigten gebunden ist. Es besteht ein Risiko sich widersprechender Entscheide oder – damit einhergehend – einer latenten Überentschädigung. Ein Gericht könnte in extremis in Genf zum Schluss kommen, die Revisionsstelle B hafte im Aussenverhältnis zu 30 Prozent, und das Gericht in Zürich urteilt im gleichen Fall, der Verwaltungsrat A hafte zu 100 Prozent.

### 3.4 Fallbeispiel

Ein praktisches Fallbeispiel soll die geschilderte Problematik des «virtuellen Regressprozesses» anschaulich machen. Dabei wird nicht die Situation gewählt, wo die Revisionsstelle vom klagenden Konkursverwalter *allein* ins Recht gefasst wird; auf diesen für das Konzept des «virtuellen Regressprozesses» besonders heiklen Fall wird nachher noch eingegangen.

Es ist von folgender Konstellation auszugehen:

- i. vier mögliche Beklagte A, B, C, und R stehen dem Konkursverwalter gegenüber;
- ii. davon ist einer, der Hauptverantwortliche der Geschäftsleitung (A), *nicht greifbar* – es ist der Schuldigste, und er wird nicht ins Recht gefasst, weil er ohne Angabe einer Adresse verreist ist oder sonst sich dem Rechtssystem entzieht;
- iii. unter den drei Verbleibenden finden sich *zwei Mitglieder des Verwaltungsrates* (B und C); einer hat mit *Eventualvorsatz* Schaden gestiftet (B), und der andere (C) hat nur *leicht fahrlässig* gehandelt bzw. sich eine Unterlassung zuschulden kommen lassen (indem er alles zu spät gemerkt hat);
- iv. die *Revisionsstelle* (R) als vierte mögliche Beklagte, muss sich für die Entstehung eines bestimmten Schadens *mittleres* Verschulden vorwerfen lassen.

Das Prozessergebnis hängt nach dem Konzept des «virtuellen Regressprozesses» notwendigerweise stark davon ab, wie das konkrete «Verschuldensgefälle» der Beteiligten unter Berücksichtigung «*aller Umstände*» (wie z. B. der Mitgliedschaft eines verantwortlichen Verwaltungsratsmitglieds im Audit Committee) aussieht. Wäre der Revisionsstelle R *Absicht* (Kollusion mit den geschäftsführenden Organen oder zivilrechtlicher Eventualvorsatz) vorzuwerfen, so wäre die neue Regelung ohnehin

<sup>57</sup> So auch Widmer/Camponovo (2008) 112; Hans-Ueli Vogt (2008) 48 und 54.

nicht anwendbar. Hat R «grob fahrlässig» oder «mittelschwer» versagt bzw. «leicht fahrlässig» gehandelt, kann sie von der neuen Regel dagegen profitieren. In unserem Fallbeispiel (mittleres Verschulden der R) ist diese Voraussetzung erfüllt.

Es ist auch in Bezug auf dieses Fallbeispiel darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Regresses der Grad des jedem Beteiligten zuzuordnenden *Verschuldens* nach der Praxis die allergrösste Bedeutung hat. Zwar wird der Richter gemäss der gesetzlichen Vorgabe «*alle Umstände*» abwägen; aber bei näherem Zusehen entpuppen sich manche der dann namhaft gemachten Umstände wiederum als Elemente einer Verschuldensmilderung oder -verschärfung. Die Methodik der Urteilsfindung im Regressstadium unterscheidet sich radikal von derjenigen einer im Aussenverhältnis angestrebten Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754/55 OR 1991. Im Aussenverhältnis ist heute der genaue Verschuldensgrad – sobald einmal mindestens leichte Fahrlässigkeit erstellt und Absicht, wie meist, auszuschliessen ist – kaum ein Thema. Und namentlich sind Versuche, durch Behauptung eines relativ geringen Verschuldens den Ersatzbetrag zu reduzieren, fast immer aussichtslos. Im Regressverhältnis jedoch entscheidet die Feinskala des *individuellen Verschuldens*. Entscheidend ist der Vergleich des relativen Verschuldensgrades der Beteiligten, was hier mit dem neu vorgeschlagenen Begriff «*Verschuldensgefälle*» bezeichnet wird.

Wie folgt ist nun unter der Herrschaft von Art. 754 Abs. 1<sup>bis</sup> vorzugehen:

- i. Als Erstes muss der Richter den *Teil des Schadens*, den die Revisoren R weder verursacht noch mitverursacht haben, aussondern.
- ii. Ist der von R nach den Lehren des allgemeinen Haftpflichtrechts (adäquat kausal) «mitverursachte» Schaden ermittelt, muss der Richter die *Quote* an diesem Schaden im virtuellen Regressprozess auf die vier (und *nicht nur die drei* am Prozess effektiv teilnehmenden) möglichen Beklagten aufteilen:
  - Hinsichtlich der drei am Prozess Beteiligten B, C und R hat er nicht den vollen Bestand an Sachbehauptungen und Beweisanträgen eines wirklichen Regressprozesses vor sich; immerhin aber liegen ihm das Klagfundament, die Behauptungen und die Beweisanträge des Klägers und die prozessualen Vorbringen der drei Beklagten B, C und R vor. Er kann daraus für die relative Schuldanlastung im «*virtuellen Regressprozess*» gewisse, wenn auch nicht alle Schlüsse ziehen;
  - Hinsichtlich der nicht in den Prozess einbezogenen Person A (und vielleicht weiterer denkbarer Beklagter D, E, F und G) ist der Richter auf *indirekte Schlüsse* angewiesen;
  - Dem Richter muss es nach dem vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen Recht zustehen, im Prozess gemäss Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 *relevante Fragen des Innenverhältnisses* gemäss Parteivorbringen und den

Beweisanträgen abzuklären. Dabei wird er den beiden Verwaltungsräten B und C die Möglichkeit eröffnen, sich zur internen Anlastung der Ersatzbeiträge zu äussern, und der Revisionsstelle R, dazu Stellung zu nehmen.

Im Ergebnis kommt der Richter im «*virtuellen Regressprozess*» mit den drei von ihm auftretenden Beklagten B, C und R immerhin zu einer *ungefähren* Beurteilung der Anteile im Innenverhältnis. Er kann z. B. dem Hauptschuldigen A (in reiner Virtualität, denn dieser nimmt am Prozess gar nicht teil) 40 % des massgeblichen Schadens zuordnen, dem «eventualvorsätzlichen» Verwaltungsrat B 30 %, dem leicht fahrlässigen Verwaltungsrat C 10 % und der mittelschwer belasteten Revisionsstelle R 20 %. Das sind 100 % – und es dürfen nicht mehr sein, weil im «*virtuellen Regressprozess*» keine Überschussdeckung vorkommen darf.

### 3.5 Folgerungen

Es zeigt sich anhand dieses Beispiels, dass der «*virtuelle Regressprozess*» umso schwieriger durchzuführen ist, je weniger Beklagte gleichzeitig ins Recht gefasst werden. Wenn im vorstehenden Beispiel nur die Revisionsstelle R eingeklagt wäre, dürfte es dem Richter sehr schwerfallen, verantwortungsvoll auch nur ungefähre Quoten für A, B, C und R zu bestimmen. Wie soll er feststellen, dass – was die Revisionsstelle im gegebenen System ja entscheidend entlasten müsste – in Wirklichkeit der erste der beiden Verwaltungsräte (B) mit grossem Verschulden zum relevanten, von der Revisionsstelle R «mitverursachten» Schadensteil beigetragen hat? Die Revisionsstelle wird es vielleicht behaupten, aber in der Variante «*beklagt ist nur die Revisionsstelle*» sind der Geschäftsführer A und die Verwaltungsräte B und C ja am Prozess nicht beteiligt. Und der Kläger hat keinen Anlass, in seinen Rechtsschriften und Beweisanträgen auf die Darstellung eines besonders hohen Verschuldens der Verwaltungsräte auszugehen, reduziert sich doch dadurch im «*virtuellen Regressprozess*» der Haftungsteil der Revisionsstelle. Auch der zweite Verwaltungsrat C, der voraussichtlich nach Kräften Behauptungen und Beweise für das Verschulden seines Kollegen B liefern würde (und dadurch im Ergebnis zur relativen Entlastung der Revisionsstelle beitragen), steht in dieser Fallvariante nicht vor dem Richter.

Das Problem des «*virtuellen Regressprozesses*» bedarf daher einer Lösung mindestens für den Fall, dass eine Klage *selektiv* gegen die Revisionsstelle oder nur gegen diese und einen oder zwei nur gerade leicht fahrlässig in die Schadensverursachung involvierte Verwaltungsratsmitglieder eingereicht wird.

### 3.6 Zwischenergebnis und Vorbehalt zur Beurteilung von Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup>

Es erscheint insgesamt als sachgerecht, die Problematik der Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht auf dem Wege einer Beschränkung der Haftung auf den Regressbetrag auch im Aussenverhältnis zu lösen. Der Ansatz einer relativen Teilhaftung setzt der unsachgemässen und kontraproduktiven Solidarität der Prüfer mit den Geprüften ein Ende; er ist geeignet, der heutigen Tendenz zu einer sogar garantiefähnlichen Wirkung des Verantwortlichkeitsrechts entgegenzutreten.

Der Vorschlag ist zwar offensichtlich allein auf eine Gruppe der Haftpflichtigen, nämlich den Berufsstand der *Wirtschaftsprüfer* in der Rolle der Revisionsstelle, ausgerichtet. Dies lässt sich aber dadurch begründen, dass die Revisionsstelle eine völlig andere Rolle spielt als die Führer des Geschäfts, materiell gar kein Organ ist und von jeder organtypischen Tätigkeit sogar gesetzlich ausgeschlossen ist; sie darf daher bei genauer Analyse gar nicht in die klassische Mitverursachungskette der Anstifter, Mittäter und Gehilfen einbezogen werden.

Es ist indes fraglich, ob die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung des auf das Aussenverhältnis projizierten, «*virtuellen Regressprozesses*» in der Praxis in allen Konstellationen problemlos durchführbar ist. Namentlich die fehlende tatsächliche Einbindung der Mitverantwortlichen – eine Frage die in der Botschaft vollends ausgeblendet wurde –, dürfte in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Will man dem in seinem Kerngehalt begrüssenswerten Konzept einer Beschränkung der Revisionshaftung zum Durchbruch verhelfen, muss auch noch besser vorgezeichnet werden, wie der «*virtuelle Regressprozess*» (und dessen Verhältnis zum tatsächlichen Regress im Innenverhältnis) praktisch gehandhabt werden soll. Dem ist im Folgenden nachzugehen.

## 4 Lösungsansatz der Streitverkündungsklage als Ergänzung zum bundesrätlichen Gesetzesvorschlag

Das nun vom Bundesrat vorgeschlagene Konzept in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007, das im Falle fahrlässiger Mitverursachung die Solidarität der Revisionsstelle aufhebt, wird von den Autoren als eine sachgerechte und zielführende Lösung erachtet. Bei diesem Ansatz geht es – stets im Bereiche fahrlässiger Pflichtverletzung – darum, die subsidiär verantwortlichen Revisoren aus der Solidarität mit jenen Personen auszunehmen, die zufolge *Geschäftsführungs- oder Liquidationstätigkeit* primär die Verantwortung tragen.

Der bundesrätliche Entwurf dürfte jedoch in der praktischen Umsetzung mit den aufgezeigten und noch weiteren *prozessualen Problemen* konfrontiert sein.

Im Vordergrund steht das Problem der fehlenden tatsächlichen Einbindung der Mitverantwortlichen in den «virtuellen Regressprozess», der aufgrund einer gegen eine Revisionsstelle eingereichten Verantwortlichkeitsklage im Aussenverhältnis durchgeführt werden muss<sup>58</sup>. Es sollte in jedem Fall sichergestellt sein, dass auch die verantwortlichen geschäftsführenden Organe im Falle fahrlässiger Mitverursachung durch die Revisionsstelle in den virtuellen Regressprozess einbezogen werden können.

#### 4.1 Bedeutung der Streitverkündungsklage («appel en cause»)

Die dargelegten prozessualen Hürden eines ins Aussenverhältnis projizierten Regressprozesses, wie ihn der bundesrätliche Vorschlag in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 nun vorsieht, sollten sich mit einer gesetzlichen Regelung überbrücken lassen, welche es der beklagten Revisionsstelle ermöglicht, im (externen) Hauptprozess eine *passive Streitgenossenschaft* herbeizuführen. Diese Möglichkeit zielt vor allem auf den Fall ab, dass eine Klage *selektiv gegen die fahrlässig handelnde Revisionsstelle* eingereicht wird.

##### 4.1.1 Neue Schweizer Zivilprozessordnung

Eine mögliche Lösung liegt in der sog. Streitverkündungsklage, die durch die neue Schweizer Zivilprozessordnung in unsere Gerichtswelt Einzug halten soll. Es handelt sich dabei um den aus dem französischen Zivilprozessrecht stammenden, in den welschen Kantonen<sup>59</sup> bereits eingeführten «*appel en cause*»<sup>60</sup>. Art. 79/80 E-ZPO<sup>61</sup> lauten wie folgt:

*«Art. 79 Voraussetzungen*

<sup>1</sup> *Die streitverkündende Partei kann ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen.*

<sup>2</sup> *Die streitberufene Person kann keine weitere Streitverkündungsklage erheben.*

<sup>3</sup> *Im vereinfachten und im summarischen Verfahren ist die Streitverkündungsklage unzulässig.*

<sup>58</sup> Dazu Näheres vorn S. 249 ff.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 83 ff. ZPO VD, Art. 53 ff. ZPO VS sowie Art. 104 f. ZPO GE und illustrativ BGE 132 I 13.

<sup>60</sup> *Botschaft 2006, 7284/85, Ziff. 5.5.5.*

<sup>61</sup> In der von der Kommission des Ständerates beantragten Fassung vom 14. Juni 2007; vgl. Amtl. Bull. StR (2007) 509.

*Art. 80 Verfahren*

<sup>1</sup> *Die Zulassung der Streitverkündungsklage ist mit der Klageantwort oder mit der Replik im Hauptprozess zu beantragen. Die Rechtsbegehren, welche die streitverkündende Partei gegen die streitberufene Person zu stellen gedenkt, sind zu nennen und kurz zu begründen.*

<sup>2</sup> *Das Gericht gibt der Gegenpartei sowie der streitberufenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme.*

<sup>3</sup> *Wird die Streitverkündungsklage zugelassen, so bestimmt das Gericht Zeitpunkt und Umfang des betreffenden Schriftenwechsels; [...].*

<sup>4</sup> *Der Entscheid über die Zulassung der Klage ist mit Beschwerde anfechtbar.»*

Im Unterschied zur einfachen Streitverkündung wird hier der Dritte nicht bloss zur Mitwirkung angehalten. Vielmehr macht die streitverkündende Person – im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wäre dies der Kläger oder die beklagte Revisionsstelle bzw. das beklagte Verwaltungsratsmitglied – dem Dritten gegenüber unmittelbar ihre Ansprüche auf Schadloshaltung geltend für den Fall, dass sie im Erstprozess unterliegt. Die streitberufene Person ist hier also nicht bloss Nebenpartei, sondern *bedingt beklagte Hauptpartei*.

Die Streitverkündungsklage führt – wenn das Gericht sie zulässt – dazu, dass die Ansprüche verschiedener Beteiligter in einem *einzigem Prozess* (statt in sukzessiven Einzelverfahren) behandelt werden können und ein für alle Beteiligten und auch für die Regressfrage rechtskräftiges Urteil ergeht. Ein solches «Gesamtverfahren», das dementsprechend zu einem «Gesamturteil» führt, bietet verschiedene Vorteile<sup>62</sup>:

- i. Da die Streitverkündungsklage nicht nur am Ort des Hauptprozesses, sondern direkt beim befassten Gericht erhoben wird, werden widersprüchliche Urteile im Erst- und Folgeprozess vermieden. Den Parteien bleibt zudem ein möglicherweise aufwändiger Gerichtsstandwechsel erspart.
- ii. Die Streitverkündungsklage dient der Prozessökonomie, weil sie zwei nachgeschaltete Prozesse verhindert. Es müssen sich nicht zwei unterschiedliche Gerichte mit nahezu identischen Fragen befassen. Dies spart Zeit und Kosten.
- iii. Das Gesamtverfahren erhöht die Rechtssicherheit für die Beteiligten, weil sie wissen, wie viel sie wem endgültig zahlen oder nicht zahlen müssen.
- iv. Das Gesamtverfahren dürfte in vielen Fällen einen Vergleich erleichtern und dessen Verlässlichkeit erhöhen.

<sup>62</sup> *Botschaft 2006, 7284, Ziff. 5.5.5; Stachelin/Stachelin/Grolimund (2008) 176/177.*

Gemäss Art. 123 lit. b E-ZPO 2006 kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses gemeinsam eingereichte Klagen allerdings trennen. Sind die Verhältnisse aufgrund von Streitverkündungsklagen absehbar sehr komplex, könnte das Gericht die Streitverkündungsklagen als dilatorisches Verhalten der Revisionsstelle einstufen oder «wegen übermässiger Verkomplizierung des Prozesses» verweigern<sup>63</sup>. Es versteht sich, dass immerhin der in Art. 50 E-ZPO 2006 verankerte Verfahrensgrundsatz des Handelns nach Treu und Glauben den durch Art. 123 E-ZPO eröffneten Ermessensspielraum in die Schranken weist.

#### 4.1.2 Interesse der Revisionsstelle an einem «appel en cause»

Die Revisionsstelle hat in bestimmten Fällen eventuell kein Interesse, Verwaltungsrats- bzw. Geschäftsleitungsmitglieder in den Prozess hineinzuzwingen. Denn sie wird dann eventuell die Geister, die sie rief, nicht mehr los, und diese benützen ihre Chance im Einheitsprozess dazu, die Revisionsstelle – eventuell sogar in Absprache – nach Kräften zu belasten.

In bestimmten Konstellationen ist trotz dieser *natürlichen Zurückhaltung* der Revisionsstellen gegenüber der Streitverkündungsklage («appel en cause») durchaus damit zu rechnen, dass die Revisionsstelle – vom Konkursverwalter oder dem Liquidator *allein* als Beklagte ins Recht gefasst – Mitglieder der geschäftsführenden Organe in den Prozess hineinzwingen würde.

Ein «*appel en cause*» ist dann offensichtlich eher im Interesse der Revisionsstelle, wenn die Revisoren einen «*clear case*» dafür haben, dass ihr Beitrag zum eingeklagten Schaden

- i. nur *leicht fahrlässig* war (durch den Einschluss der Verwaltungsräte und/oder Geschäftsleitungsmitglieder wird es der Revisionsstelle möglich, das erhebliche «*Verschuldensgefälle*» zwischen ihr und diesem Exekutivorgan dem Gericht besser darzulegen, als wenn sie *allein* eingeklagt wird), oder aber
- ii. *gar nicht kausal* war (wird der eigentliche Prozessstoff auf die Schadensverursachung durch die geschäftsführenden Organe ausgedehnt, ist es für das Gericht vielleicht eine leichtere Aufgabe, zu erkennen, dass selbst bei vollkommener Pflichterfüllung durch die Revisionsstelle der Eintritt des Schadens höchstwahrscheinlich gar nicht verhindert worden wäre).

Immerhin, der «*appel en cause*» ist für den Prozessanwalt der Revisionsstelle eine heikle Option, von der er nur nach sorgfältiger Überlegung Gebrauch machen wird.

.....

<sup>63</sup> So namentlich im Fall der X. AG gegen den Kanton Genf und mehrere Streitberufene, BGE 132 I 13 ff.

#### 4.1.3 Interesse des Klägers (Konkursverwaltung oder Liquidator) zur Einklagung auch von Geschäftsführungorganen

Das alles läuft nun aber keineswegs darauf hinaus, dass die Revisionsstelle unter dem System des Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> in der Grosszahl der Fälle allein oder praktisch allein eingeklagt würde. Im Gegenteil: Der *Kläger* wird in vielen Fällen ein Interesse daran haben, nicht nur das «bevorzugte Opfer», die Revisionsstelle, ins Recht zu fassen, sondern auch mehrere Mitglieder der *geschäftsführenden Organe*. Der Kläger wird sich allerdings dabei auch überlegen müssen, dass dieses Vorgehen sein Kostenrisiko im Prozess erhöht.

In erster Linie erreicht der Kläger durch die Einklagung auch der Exekutivorgane oder, als Ergebnis, durch den *«appel en cause»*, dass zwei Beklagtenkreise sich gegenseitig mit Behauptungen, Beweisanträgen, Bestreitungen und Gegenbeweisangeboten belasten und mit Zeugen und Dokumenten ihren Standpunkt zu belegen trachten. Diese Konstellation ist im Regelfall dem Kläger nützlich, und schädlich für die Revisionsstelle, die ja zusätzlich ein beträchtliches Reputationsrisiko trägt. Sie wird dadurch wohl in verstärktem Masse auf sie belastende Vergleiche eingehen müssen.

Das natürliche Interesse des Klägers, mehrere Personen einzuklagen, erlaubt es dem Richter, in dem gegenüber mehreren Beklagten aufgerollten Prozessstoff das für den *«virtuellen Regressprozesses»* gegenüber den Revisoren entscheidende *«Verschuldensgefälle»*, aber auch die Abgrenzung des von der Revision adäquat kausal verursachten Teilschadens, klarer zu erkennen.

#### 4.1.4 Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, dass je nach der gegebenen Konstellation entweder die (allein) beklagte Revisionsstelle oder aber die klagende Konkursverwaltung ein natürliches Interesse haben werden, unter dem neu vorgeschlagenen Recht des Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> (*«relative Teilhaftung»*) weitere geschäftsführende Organmitglieder in den Haftungsprozess einzubeziehen. In allen diesen Fällen wird es dem Gericht – angesichts des erweiterten Beklagtenkreises, des erweiterten Prozessstoffes und des profilierten Beweisergebnisses – tendenziell leichter fallen, das für die Festlegung des Haftungsteils der Revisionsstelle weitgehend ausschlaggebende *«Verschuldensgefälle»* unter den Beteiligten festzustellen. Wenn die *hypothetische Kausalität* ergibt, dass die Revisionsstelle auch bei voller Pflichterfüllung am Schadensverlauf nichts Wesentliches hätte ändern können, dürfte es dem Gericht im Mehrparteienprozess auch leichter fallen, die Verantwortlichkeitsklage gegen die Revisoren – wie schon nach heutiger Bundesgerichtspraxis – überhaupt abzuweisen.

In gewissen eher seltenen Fällen jedoch wird in der Tat weder der Kläger noch die Revisionsstelle sich dazu entschliessen, geschäftsführende Organmitglieder in den Verantwortlichkeitsprozess einzubeziehen. Dann steht die Revisionsstelle allein vor dem Gericht, und dieses muss wohl oder übel den «virtuellen Regressprozess» im vollen Sinn dieses Begriffs durchführen. Das Gericht muss aufgrund des vom Kläger und der einzigen Beklagten abschliessend beherrschten Prozessstoffs und der von ihnen allein beantragten Beweismittel zum Schluss kommen, inwieweit die Revisionsstelle den Schaden adäquat kausal selbst verursacht hat und wie sich das «Verschuldensgefälle» darstellt, d.h. wie das Verschulden der Revisionsstelle und die anderen «Umstände» sich im Rahmen dieses Teilschadens zum Verschuldensgrad (und den anderen «Umständen») der übrigen Mitverursacher verhalten<sup>64</sup>.

#### 4.2 Die Frage der Nebenintervention

Die neue Schweizerische ZPO wird dem Institut der *Nebenintervention* eher gewogen sein als gewisse heutige kantonale Prozessordnungen. Fasst der Kläger nur die Revisionsstelle ins Recht, so könnten eventuell einzelne geschäftsführende Organe ein Interesse an einer Nebenintervention geltend machen. Je mehr sie das «Verschuldensgefälle» zulasten der Revisionsstelle darzutun vermögen – d.h. aufzeigen, dass sie selbst relativ wenig Schuld tragen, die Revisionsstelle aber eine umso schwerere, oder dass die Revisionsstelle gar mit einem auf Abwege geratenen Geschäftsführungsmitglied in *Kollusion* gehandelt hat –, desto mehr sind sie selbst in einem eventuell später von einem gegen sie selbst geltend gemachten Haftungsanspruch relativ entlastet. Denn nur bei Fahrlässigkeit kann die Revisionsstelle eine Schadensanlastung nach dem Grundsatz der «relativen Teilhaftung» beanspruchen. Und selbst wenn das nicht gelingt, kann doch der bei den Revisoren hereingeholte Ersatzbetrag nicht mehr gegen die geschäftsführenden Organe eingeklagt werden – bei diesen vom Kläger nicht, weil es keine mehr als 100%ige Schadensdeckung gibt, und in einem allfälligen nachfolgenden Regressverfahren der Revisoren gegen Exekutivorgane nicht, weil ein Regress des Schuldigeren gegen den Unschuldigeren nur in den seltensten Fällen möglich ist, nämlich dann, wenn im Regressprozess – dem echten – sich ein geradezu spiegelsymmetrisch umgekehrtes Bild des Verschuldensgefälles ergeben sollte.

<sup>64</sup> Die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung geht allerdings, wie *Hans-Ueli Vogt* (2008) 54 zu Recht hervorgehoben hat, mit keinem Wort auf die Frage ein, ob die Revisionsstelle, wenn das Urteil (im «virtuellen Regressprozess») gegen sie einmal gefällt ist, sich gegenüber einer Rückgriffsklage der geschäftsführenden Organe zu schützen vermag.

## 5 Beurteilung des Gesetzesentwurfs im kritischen Vergleich mit alternativen Lösungsansätzen

Es ist nun unerlässlich, das vorgeschlagene System einer relativen Teilhaftung der Revisionsstelle gemäss Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007<sup>65</sup> mit den bisherigen Lösungsansätzen zu konfrontieren. Welche Lösung ist die beste – oder die am wenigsten schlechte?

In der Doktrin wurden bis heute verschiedene Lösungsansätze diskutiert<sup>66</sup>; deren Vor- und Nachteile sollen nachstehend im kritischen Vergleich in der gebotenen Knappheit aufgezeigt werden.

### 5.1 Erste Variante, Ansatz beim Verschulden

Ein möglicher und schon seit Langem erörterter Lösungsansatz will die Revisionshaftung auf mittleres und schweres Verschulden, oder auf grobe Fahrlässigkeit beschränken<sup>67</sup>. Dieser Ansatz müsste sich jedoch als Schlag ins Wasser erweisen:

- i. Die Analyse der Rechtsprechung zur Revisionshaftung hat gezeigt, dass das einmal festgestellte Fehlverhalten der Revisoren sich in einem grossen Haftungsfall rückblickend («*light of hindsight*») regelmässig keineswegs als nur *leicht fahrlässig* präsentiert<sup>68</sup>.
- ii. Sobald die Schwelle des «*leichten Verschuldens*» zum Hauptkriterium für die Haftungsbeschränkung wird, muss das Gericht die Abgrenzung zwischen leichter und mittlerer, sowie mittlerer und grober Fahrlässigkeit unter die Lupe nehmen. Dabei handelt es sich um eine Unterscheidung, die in den Urteilen heute nur deshalb öfters nicht scharf herausgearbeitet wird, weil sie nur selten eine prozessentscheidende Rolle spielt. Stellt sich das Verschulden aber einmal als grob dar und begründet das der Richter sorgfältig, um seinen Entscheid gegen die Haftungsbeschränkung zu rechtfertigen, kann die Revisorenfirma in eine schwierige Lage gegenüber ihrem Versicherer geraten. Das Versicherungsvertragsrecht erlaubt es – auch wenn

<sup>65</sup> Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007.

<sup>66</sup> Vgl. zu den Fundstellen insbesondere *Peter Forstmoser* (2001) 510 ff.; *Urs Bertschinger* (2005) 598 ff.; *Hans Caspar von der Crone* (2006) 2 ff. m.w.H.; *Jean Nicolas Druey* (2007) 29; *Linderlvon der Crone* (2007) 494/495; *Vito Roberto* (2006) 37 ff.; *Peter Böckli* (2006) 25/26 und (2007) 50 ff. – Zum deutschen Recht der Abschlussprüferhaftung *Werner F. Ebke* (2007) 349 ff.

<sup>67</sup> Dieser Ansatz wurde bereits in der Aktienrechtsreform 1991 erwogen und sogar zu Zeiten in der vorberatenden Kommission des Ständerats befürwortet, aber sogleich wieder verworfen: Amtl. Bull. StR 1988, 524/25. Vgl. auch *Urs Bertschinger* (1999) 920; *Caroline Flümman* (2004) 224; kritisch *Jacques Bondallaz* (2005) 44.

<sup>68</sup> *Peter Böckli* (2006) 56.

die Versicherungsgesellschaften bisher von dieser Möglichkeit meist nur zurückhaltend Gebrauch gemacht haben – bei grober Fahrlässigkeit die Versicherungsleistungen zu kürzen.

Eine Begrenzung der Haftung bei *leichtem Verschulden* oder *leichter Fahrlässigkeit* bringt daher letztlich keine wirksame Entlastung mit sich<sup>69</sup>.

## 5.2 Zweite Variante, Ansatz beim Haftungsbetrag

### 5.2.1 Beschränkung auf eine absolute Zahl in Landeswährung

Eine andere mögliche Lösungsvariante besteht in der Beschränkung der Haftung auf eine *absolute Zahl in Landeswährung*, allenfalls unter Berücksichtigung der Grösse und/oder der Börsenkotierung der Gesellschaft<sup>70</sup>.

Die Möglichkeit der betragsmässigen Beschränkung, im deutschen Haftungsrecht schon vor Jahrzehnten verwirklicht, wurde schon in der Botschaft des Bundesrates 1983 aufgebracht, damals aber als «*nicht zur Diskussion stehend*» verworfen<sup>71</sup>. Mehr als zwanzig Jahre später stellte indessen der Vorentwurf des EJPD<sup>72</sup> eine solche betragsmässige Obergrenze der Haftung der Revisionsstelle in Fällen leichten Verschuldens wieder zur Diskussion. Der Vorentwurf enthielt eine zweistufige Lösung, die zwischen kotierten oder wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen sowie weiteren Unternehmen differenzierte<sup>73</sup>. In der Vernehmlassung wurde der Vorschlag, wie dargelegt, mehrheitlich abgelehnt<sup>74</sup>.

Es ist letztlich nur schwer nachvollziehbar, weshalb die Revisionsstelle ausgerechnet in *grossen Haftungsfällen* für den von ihr selbst (d.h. durch eine spezifische Verletzung ihrer Revisionspflichten und ohne jede Solidarität für andere haftbare Personen) fahrlässig, pflichtwidrig und adäquat kausal verursachten Schaden jenseits einer bestimmten Zahl *überhaupt nicht* aufkommen sollte. Durch eine betragsmässige Fixierung würde eine objektiv nicht begründbare Ungleichbehand-

<sup>69</sup> Peter Böckli (2007) 24; derselbe (2006) 54 ff. mit Hinweisen auf weitere Aspekte; zu den geringen praktischen Auswirkungen einer auf leichtes Verschulden eingegrenzten Haftungsbeschränkung insbesondere auch Urs Bertschinger (2005) 609.

<sup>70</sup> Vgl. Hans Caspar von Crone (2006) 9. – Dies ist die Lösung des deutschen Rechts, § 323 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 HGB.

<sup>71</sup> Botschaft 1983, 106, Ziff. 217.2.

<sup>72</sup> Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-OR 2005; erörtert (und verworfen) in Botschaft 2007, 1685, Ziff. 2.1.36.

<sup>73</sup> Begleitbericht EJPD 2005, 87/88.

<sup>74</sup> Er fand denn auch nicht Eingang in den Entwurf der bundesrätlichen Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts von 2007. Botschaft 2007, 1695, Ziff. 2.1.36; a.M. etwa Widmer/Camponovo (2008) 112, die eine solche Limitierung für kleine Gesellschaften für sachgerecht halten – den Betrag von CHF 10 Mio. gemäss Vorentwurf 2005 halten sie allerdings für zu hoch angesetzt.

lung geschaffen. Bei «kleinen» Revisionsfirmen, die kleinere Gesellschaften prüfen, bestünde praktisch Vollhaftung, während bei grossen Prüfungsfirmen, die sehr grosse Gesellschaften prüfen, möglicherweise nur ein kleiner Teil des Schadens gedeckt wäre<sup>75</sup>. Dazu kommt, dass eine Haftungsgrenze von z. B. CHF 25 Mio. für *sehr grosse* Revisionsgesellschaften bei *sehr grossen* Prüfungskunden weniger als ein einziges Jahreshonorar des Revisionsunternehmens ausmachen würde, die Grenze von CHF 10 Mio. für kleinere Prüfungskunden jedoch dem Honorar des Revisors für 100 Jahre Tätigkeit entsprechen könnte.

### 5.2.2 Beschränkung auf ein Mehrfaches des jährlichen Revisionshonorares

Ein weiterer, methodisch an sich eher einleuchtender Lösungsansatz ist in einer gesetzlichen Beschränkung der Haftung auf ein *Mehrfaches des Revisionshonorars* zu erblicken. Dabei könnte auf das Honorar für die zu revidierende Gesellschaft oder auf das gesamte Einkommen, das die Revisionsgesellschaft in einem Jahr erzielt, abgestellt werden<sup>76</sup>.

Eine derartige Regelung macht, wenn überhaupt, nur dann Sinn, wenn bezüglich des Revisionshonorars auch *Transparenz* besteht<sup>77</sup>.

Für eine Regel, nach der das Risiko nur bis zu einem bestimmten oder bestimm-  
baren Betrag zu tragen wäre, trat in der schweizerischen Doktrin insbesondere *Hans Caspar von der Crone* ein<sup>78</sup>. Er plädiert für eine betragsmässig limitierte Haftung für *leicht fahrlässige* Pflichtverletzungen, die sich sowohl für die Revisionsstelle als auch für den Verwaltungsrat am Honorar orientiert – konkret eine Haftungsgrenze, die durch ein Vielfaches des Honorars gebildet wird. Die Risikoprämie, welche die Gesellschaft im Rahmen des Salärs der Organe zu tragen hat, bestimme damit vernünftigerweise auch die Haftungsgrenze, was die Bedeutung des jeweiligen Organs ins richtige Licht zu rücken vermöge<sup>79</sup>. Dieser Vorschlag berücksichtigt jedoch wohl zu wenig, dass

<sup>75</sup> Vgl. auch *Michael Werder* (2006) 1.

<sup>76</sup> Die *Botschaft 2007*, 1695, Ziff. 2.1.36, hält dazu fest: «Eine entsprechende Regelung hätte zur Folge, dass das Revisionshonorar nach Möglichkeit künstlich tief gehalten würde, während weitere Dienstleistungen, die über die Grundaufgabe der Revision hinausgehen, separat verrechnet würden. In der Rechtsanwendung könnten sich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.»

<sup>77</sup> Gemäss *Botschaft 2007* sollen grössere Unternehmen künftig allgemein verpflichtet werden, im Anhang der Jahresrechnung je gesondert Angaben zum Honorar der Revisionsstelle für Revisionsdienstleistungen und für andere Dienstleistungen zu machen, Art. 961a Ziff. 2 E-OR 2007; *Botschaft 2007*, 1716, Ziff. 2.2.3.

<sup>78</sup> *Hans Caspar von der Crone* (2006) 14; a.A. *Peter Böckli* a.a.O.

<sup>79</sup> *Linderlvon der Crone* (2007) 496 mit Verweis auch *Camponovo/Bertschinger* (2007) 260.

- i. eine Privilegierung von «leicht fahrlässigen» Pflichtverletzungen, wie hiervor dargelegt wurde, ein Schlag ins Wasser ist, und
- ii. es bei vertiefter Analyse gute, ja eigentlich zwingende rechtliche Gründe gibt, die Revisionshaftung rechtlich von der Haftung geschäftsführender Organmitglieder *abzukoppeln*.

### 5.3 Dritte Variante, Ansatz beim Gesamtschaden (objektive Teilhaftung)

Ein weiterer Lösungsansatz stellt die Beschränkung der Revisionshaftung auf eine prozentuale Quote des (adäquat kausal zurechenbaren) Gesamtschadens dar<sup>80</sup>. Diese Methodik kann durchaus aus dem unveröffentlichten Urteil des Bundesgerichts vom 3. März 1998 entnommen werden<sup>81</sup>. In jenem Entscheid hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, wo die belangte Revisionsstelle die Unabhängigkeitsvorschriften nicht beachtet hatte; sie hatte sowohl die Buchhaltung wie auch die Revision besorgt. Die Vorinstanz hatte die solidarische Haftung der Revisionsstelle auf ein Viertel des Gesamtschadens begrenzt, wobei zu beachten ist, dass in casu ein relativ erhebliches Verschulden der Revisionsstelle vorlag. Das Bundesgericht schützte den Entscheid der Vorinstanz und wies darauf hin, dass das Verhältnis der Schadensverteilung im Wesentlichen auf dem Ermessen des Richters in Tatfragen beruhe<sup>82</sup>.

Der entsprechende Prozentsatz – z. B. 25 % für die Revisionsstelle<sup>83</sup>, obwohl eigentlich dieser Prozentsatz dem Sachverhalt eines ganz konkreten Falles entsprochen hatte – müsste gesetzlich festgelegt werden. Im Übrigen würden die geschäftsführenden Organe nach den allgemeinen Regeln ohne Einschränkung für den ihnen zurechenbaren Schaden haften.

Als Vorteil kann die Einfachheit der Lösung hervorgehoben werden. In der Tat wird bestätigt, dass in den *Vergleichsverhandlungen* der Zeit seit dem Urteil vom 3. März 1998 die 25 %-Regel eine bedeutende praktische Rolle gespielt hat. Unzählige Vergleiche konnten gefunden werden, weil die Versicherer die Zahlungssumme mit der 25 %-Faustregel in tragbare Grössenordnungen herunterhandeln konnten.

.....  
<sup>80</sup> Vgl. *Thierry Luterbacher* (2006) 872.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.506/1996, Erw. 9 am Ende; vgl. auch SJ 1999 I 228 ff.; SZW 70 (1998) 207 ff.).

<sup>82</sup> Die «25 %-Regel», die im Ergebnis angewendet wurde und seither oft angeführt wird, ist also nicht das Ergebnis einer normativen Würdigung des Bundesgerichts, sondern war in jenem Fall Gegenstand der Beurteilung des Bundesgerichtes entzogenen Tatsachenerstellung.

<sup>83</sup> Erwähnt in *Botschaft 2007*, 1695, Ziff. 2.1.36.

Als Nachteile dieses Lösungsansatzes könnten sich demgegenüber insbesondere die undifferenzierte Ausgestaltung sowie die im Detail ungeklärte Auswirkung auf die differenzierte Solidarität erweisen<sup>84</sup>. Die Festlegung des Prozentsatzes z. B. auf 25 % wäre letztlich ein Akt gesetzgeberischer Willkür<sup>85</sup>. Eine gesetzlich standardisierte prozentuale Schadensverteilung könnte zudem bei hohen Schadenssummen die Situation der Revisionsstelle sogar ins Gegenteil verkehren und sogar zu einer *Ausdehnung der Haftung* führen<sup>86</sup>. Im Grunde genommen ist die Methodik der objektiven Teilhaftung gar nicht eine Alternative zum Ausschluss der Solidarität, sondern eine vielleicht als Ergänzung<sup>87</sup> denkbare Haftungs-Kanalisation.

#### 5.4 Vierte Variante, Privatautonomer Ansatz: statutarische Haftungslimite

Ein weiterer Lösungsansatz stellt auf die *vertragliche oder statutarische Beschränkung* der Haftungssumme ab. Demgemäss würden die Gesellschaften die Möglichkeit erhalten, mit ihren Revisoren Haftungsbeschränkungen in «*angemessenem Umfang*» zu vereinbaren. Diese wären von der Generalversammlung der betroffenen Gesellschaften zu genehmigen und im Anhang zur Jahresrechnung zu publizieren<sup>88</sup>. Sie würden im Verhältnis der Gesellschaft zu den Aktionären einerseits und zu den Revisoren andererseits gelten, nicht jedoch im Verhältnis zu Dritten, insbesondere zu den Gläubigern<sup>89</sup>. Nach dem geltenden Recht ist ein vertraglicher oder statutarischer Ausschluss der Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit mit Blick auf die zwingende Natur der Aufgaben der Revisionsstelle nichtig<sup>90</sup>.

Da sich die Haftungsbeschränkung primär zulasten der Gläubiger auswirkt, was die Attraktivität der Gesellschaft vermindern kann, dürften die Aktionäre schon aus praktischen Überlegungen kaum ein Interesse entwickeln, für die Revisoren eine Lanze zu brechen<sup>91</sup>. Diese Variante eröffnet die Möglichkeit, im Gegenzug für eine geringere Haftung der Revisoren auch tiefere Revisionsgebühren auszuhandeln<sup>92</sup>. Der Ansatz ist von Beginn an falsch aufgegleist, weil niemand bei der Festsetzung der statutarischen Haftungslimite im Zusammenspiel von Verwal-

<sup>84</sup> Vgl. *Camponovo/Bertschinger* (2007) 256 ff.; *Thierry Lutenbacher* (2006) 872.

<sup>85</sup> Auch die *Botschaft 2007*, 1695, Ziff. 2.1.36, lehnt eine generelle prozentmässige Begrenzung der Haftung für Revisionsdienstleistungen ab, weil sie eine «materiell nicht begründbare Pauschalisierung» vornehme.

<sup>86</sup> So auch *Widmer/Camponovo* (2008) 112.

<sup>87</sup> So *Peter Böckli* (2007) N. 51 als «Haftungsdach».

<sup>88</sup> Vgl. auch *Linder/von der Crone* (2007) 495/496.

<sup>89</sup> Vgl. *Hans Caspar von der Crone* (2006) 3/4.

<sup>90</sup> Siehe *Peter Forstmoser* (2001) 508; *Peter Böckli* (2004) § 18 N. 160; *Oliver Chapuis* (2006) 153 – Vgl. auch Art. 100 Abs. 2 OR.

<sup>91</sup> *Urs Bertschinger* (2005) 604; vorher schon *Peter Forstmoser* (2001) 512.

<sup>92</sup> Vgl. *Industrie-Holding* (2006) 21.

tungsrat und Aktionärsmehrheit die dadurch betroffenen Gläubiger der Gesellschaft vertritt und nicht ersichtlich ist, wie dieses Interesse überhaupt angemessen vertreten werden könnte<sup>93</sup>.

## 5.5 Fünfte Variante, Ansatz bei der Versicherungspflicht

### 5.5.1 Versicherungspflicht für Revisionsstellen

Immer wieder diskutiert wurde die Einführung eines *Versicherungsbliogatoriums* für die Revisionsstelle<sup>94</sup>. International ist die Versicherungspflicht für den Abschlussprüfer stark verbreitet<sup>95</sup>. In der Schweiz ist der Abschluss solcher Versicherungen in der Branche seit Längerem üblich. Die Revisionsstelle ist im Unterschied zu den Verwaltungsräten meistens berufshaftpflichtversichert<sup>96</sup>. Das Revisionsaufsichtsgesetz schreibt den staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen im Übrigen seit dem 1. Januar 2008 den Abschluss einer Haftpflichtversicherung vor<sup>97</sup>, wobei diese bei einem Prüfhonorar von mehr als CHF 20 Mio. im Jahr lediglich eine Deckung von maximal CHF 5 Mio. beinhalten muss<sup>98</sup>.

Die Praxis hat gezeigt, dass der Abschluss einer Versicherung *nicht nur Vorteile* mit sich bringt. Das Vorhandensein einer Haftpflichtversicherung weckt Begehrlichkeiten und steigert die Klagefreudigkeit, verfügt doch die Revisionsstelle im Ergebnis über ein erheblich grösseres Haftungssubstrat als die geschäftsführenden Organe, jedenfalls in den meisten Fällen<sup>99</sup>. Auch die Versicherer tragen ihren Teil dazu bei, indem sie, wie schon erwähnt, in der Regel auf einen Abschluss des Vergleiches, d.h. zu einer partiellen Anerkennung der Klage drängen<sup>100</sup>. Oftmals spielt in diesem Zusammenhang auch das *Reputationsrisiko* der Revisionsunter-

<sup>93</sup> In der *Botschaft 2007*, 107, Ziff. 2.1.36, werden statutarische Haftungsbegrenzungen denn auch als rechtspolitisch bedenklich abgelehnt, weil die Rechtstellung des Gläubigers beeinträchtigt werden könnte und weil ein solcher Ansatz zu sachlich nicht begründbaren Haftungsunterschieden zwischen den Gesellschaften führen würde.

<sup>94</sup> Vgl. *Peter Forstmoser* (2001) 513; *Urs Bertschinger* (2005) 590/591; *Thierry Luterbacher* (2004) 441 ff. und (2006) 864 ff.

<sup>95</sup> Vgl. *Urs Bertschinger* (2005) 590 Fn. 97 mit Hinweisen.

<sup>96</sup> Vgl. *Thierry Luterbacher* (2004) 441 und 2006, 864 ff.; *Caroline Flühmann* (2004) 229; *Hans Caspar von der Crone* (2006) 4; *Peter Böckli* (2007) N.44.

<sup>97</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. c des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG).

<sup>98</sup> Siehe Art. 11 der Revisionsaufsichtsverordnung (RAV); kritisch zu diesem Erfordernis *Urs Bertschinger* (2005) 591.

<sup>99</sup> Vgl. *Jacques Bondallaz* (2005) 40; *Urs Bertschinger* (2005) 590.

<sup>100</sup> Mit dem Inkrafttreten der Bestimmung von Art. 25 RAG, wonach die kantonalen Zivilgerichte und das Bundesgericht der Revisionsaufsichtsbehörde sämtliche Verfahren betreffend die Revisionshaftung gemäss Art. 755 OR, die ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen betreffen, melden müssen, dürfte der Vergleichsdruck sogar noch zunehmen. Vgl. *Urs Bertschinger* (2005) 591; *Thierry Luterbacher* (2006) 864 ff.

nehmen eine Rolle<sup>101</sup>. Diese verbreitete Vergleichspraxis führt dazu, dass eine Konkretisierung der erforderlichen Sorgfaltsstandards in der Abschlussprüfung durch die Gerichte weithin unterbleibt.

Die Einführung eines allgemeinen, d.h. auch die zugelassenen Revisionsexperten und Revisoren erfassenden *Obligatoriums* wäre auch insofern problematisch, als Versicherungen nicht verpflichtet sind, eine Revisionsstelle zu versichern. Im Ergebnis entscheidet dann der Versicherer, ob der Revisor seinen Beruf ausüben darf<sup>102</sup>. In diesem Lichte vermag das Versicherungsobligatorium nur als Teil eines Lösungsansatzes eine sinnvolle Option darzustellen<sup>103</sup>.

### 5.5.2 Versicherungspflicht für Verwaltungsräte

Ein anderer Vorschlag sieht die Lösung in einer *Versicherungspflicht mit einer Mindestdeckung für die Mitglieder von Verwaltungsräten*<sup>104</sup>. Dieser Ansatz, der vom Thema dieses Beitrags wegführt, wird äusserst kontrovers diskutiert und wohl mehrheitlich (und zu Recht) abgelehnt<sup>105</sup>. Von den vielen hunderttausend Personen, die in Schweizer Aktiengesellschaften als Verwaltungsräte fungieren, würde eine grosse Anzahl die strengen Kriterien für die Versicherbarkeit unter den geschäftsüblichen Haftpflicht-Policen nicht erfüllen; somit würden letztlich die Versicherungsgesellschaften darüber entscheiden, wer in der Schweiz ein Verwaltungsratsmandat führen darf.

### 5.6 Sechste denkbare Variante: graduelle Teilhaftung nach Verschulden

Eine letzte Alternative für einen Lösungsansatz bleibt übrig. Diese besteht darin, dass für die Revisionshaftung nicht eine *relative Teilhaftung* nach der Gestaltungsidee des *virtuellen Regressprozesses* gemäss Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2007 eingeführt wird, sondern eine *graduelle Teilhaftung*, abgestuft nach Verschuldensgrad. Das Gesetz würde die am Schluss für die Revisionsstelle herauskommende Quote von dem internen, konkret in der Konstellation gegebenen *Verschuldens-*

<sup>101</sup> Vgl. Urs Bertschinger (2005) 591.

<sup>102</sup> Thierry Luterbacher (2006) 866.

<sup>103</sup> Ähnlich auch Peter Forstmoser (2001) 513, der für eine Kombination mit einer Haftungsbegrenzung plädiert.

<sup>104</sup> Rico A. Camponovo (2004) 72 schlägt u. a. die jährliche Überprüfung durch die Revisionsstelle vor und erwägt auch eine Beschränkung auf mittlere und grosse Gesellschaften; Giorgio Behr (2005) 4 weist – offenbar in Befürwortung des Gedankens – darauf hin, dass die Höhe der Prämie erste Indizien zur Qualität der Verwaltungsräte liefern würde.

<sup>105</sup> Kritisch äussert sich Urs Bertschinger (2005) 610, der eine weitere Ankurbelung der *«Versicherungsspirale»* sowie eine Verteuerung der Unternehmensführung befürchtet. Vgl. zu den Haftpflichtversicherungen für Verwaltungsräte auch Thierry Luterbacher (2003) 153 ff.; Peter Böckli (2004) § 13 N. 851 ff.; (2006) 858.

gefälle» lösen, und dem Richter auftragen, den Grad des Verschuldens der Revisionsstelle für sich allein zu bestimmen. Dann gälte ein notwendigerweise im Gesetz festgeschriebener «Tarif» (wobei für alle Grade der Fahrlässigkeit und nur diese die Befreiung von der Solidarität gälte). Das könnte wie folgt aussehen:

- i. bei *Absicht oder zivilrechtlichem Eventualvorsatz*: volle Haftung, in Solidarität mit den Führungsorganen;
- ii. bei *grober Fahrlässigkeit*: z. B. 20 % des verursachten Schadens;
- iii. bei *mittlerem Verschulden*: z. B. 15 % des verursachten Schadens;
- iv. bei *leichter Fahrlässigkeit*: z. B. 10 % des verursachten Schadens.

Dieses alternative System der «*graduellen Teilhaftung nach Verschulden*» hätte seine Vorteile. Die Revisionsstelle stünde nicht mehr in der ziemlich prekären Position des «*virtuellen Regressprozesses*». Dieser müsste nicht mehr durchgeführt werden, denn nicht das «*relative Verschuldengefälle*» zwischen den einzelnen geschäftsführenden Organmitgliedern und der Revisionsstelle bestimmt nun deren Haftungsquote. Die Revisionsstelle muss nicht mehr einfach deshalb mehr zur Deckung des Schadens beitragen, weil zufälligerweise in der gegebenen Konstellation allen geschäftsführenden Organen nur geringere Schuldvorwürfe gemacht werden können. Das Endergebnis der Verantwortlichkeitsklage gegen eine Revisionsstelle würde dadurch besser voraussehbar.

Der Gesetzgeber stünde in dieser Variante jedoch vor der anspruchsvollen und auch undankbaren Aufgabe, einen im Haftpflichtrecht sonst in dieser Art völlig unbekanntes «*Tarif*» in *absoluten Prozentsätzen* aufzustellen. Sogar die Stufe des «*mittleren Verschuldens*» oder einer «*mittleren Fahrlässigkeit*» ist bisher nicht ein allgemein anerkannter und in der Praxis regelmässig angewendeter Begriff.

## 6 Fazit

Das Ergebnis ist eindeutig: von allen bis heute überhaupt in die Diskussion eingeführten Lösungsansätzen bringt der *Vorschlag des Bundesrates* vom 21. Dezember 2007 mit der relativen Teilhaftung die im Vergleich beste Lösung, und er hat wohl auch die besten Aussichten auf Akzeptanz.

Der Ausschluss der Revisionsstelle aus der Solidarität mit dem methodischen Lösungsansatz des «*virtuellen Regressprozesses*» und der «*Streitverkündungsklage*» hat folgende Vorteile:

- i. ohne dass es im Gesetzestext *ausdrücklich* gesagt werden muss, wird durch die Formulierung «*bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten*» die Revisionsstelle rechtlich eindeutig und klar aus der *Haftungssolidarität* mit den geschäftsführenden Organen ausgeklammert;

- ii. die Beschränkung auf die Fälle *fahrlässiger* Pflichtverletzungen verhindert von Anfang an eine zu weit gehende Bevorzugung der Revisionsstelle. Sollte der Revisor in rücksichtsloser Inkaufnahme des Schadens oder gar in *Kollusion* («*conspiracy*») mit den geschäftsführenden Organen handeln, so haftet er solidarisch, und im Bereich der Verletzung seiner eigenen Pflichten gibt es keine Privilegierung durch eine summenmässige Haftungsbegrenzung;
- iii. für die Festsetzung des *Ausmasses* des von der Revisionsstelle zu zahlenden Ersatzbetrages braucht es im Gesetz nicht einen besonderen, nach dem Verschulden abgestuften «Tarif», der zu endlosen Diskussionen Anlass geben müsste. Das einzige Wort «Rückgriff» macht für sich allein schon das System der *relativen Teilhaftung* ohne Solidarität anwendbar, das im allgemeinen Haftpflichtrecht (Regressprozess im Innenverhältnis) bestens bekannt ist;
- iv. das prozessuale Problem des «*virtuellen Regressverfahrens*» lässt sich, wie dargestellt, jedenfalls weit gehend lösen. In den typischen Fällen von Verantwortlichkeitsprozessen nach Eintritt des Konkurses hat die Konkursverwaltung ein natürliches Interesse, nicht nur die Revisionsstelle allein ins Recht zu fassen. Findet sich die Revisionsstelle dennoch in der Lage der einzigen Beklagten, so hat die Revisionsstelle mit der *Streitverkündungsklage* («*appel en cause*») der neuen Schweizer Zivilprozessordnung die Möglichkeit, von der als Klägerin auftretenden Konkursverwaltung verschonte mögliche Beklagte (nämlich voraussichtlich schwer schuldhaft Mitglieder der geschäftsführenden Organe) gegen den Willen sowohl des Klägers wie dieser Personen selbst in den Prozess einzubeziehen;
- v. die Tatsache, dass am Schluss die Revisionsstelle einen umso grösseren Teil des durch ihre Pflichtverletzung verursachten Schadens übernehmen muss, je «*weniger schuldig*» die anderen haftbaren Personen sind (und umgekehrt einen umso kleineren, je schuldiger die anderen sind), ist eine *unausweichliche Folge* des gewählten Systems einer Schadenstragung nach dem Regresssystem. Obwohl die Vorstellung zunächst als stossend erscheinen mag, dass deshalb in *einem* Fall eine leicht fahrlässige Revisionsstelle mehr an den Schaden beitragen muss als in einem *anderen* eine grob fahrlässige, hat der dahinter stehende Grundgedanke einer *relativen* Anlastung nach der konkreten Verschuldenskonstellation viel für sich. Der Lösungsansatz geht der Gefahr aus dem Wege, heute noch – mitten in der parlamentarischen Vorberatung – eine im Rechtssystem gar nicht bekannte Form der Schadenstragung – nämlich die «*gradueller Teilhaftung nach Verschuldensgrad*» – einzuführen.
- vi. Die *Solidarität des Prüfers mit den Geprüften* – 1881 eingeführt, 1936 bestätigt, 1991 etwas eingeschränkt – war in der Tat ein Fehlansatz. Sie führt auch dazu, dass die Revisionsstelle zu ihrem eigenen Schutz daran interessiert sein

müsste, in eine Geschäftsführung, die Schaden verursacht oder zu verursachen droht, *möglichst frühzeitig einzugreifen*. Das ist aber absolut unvereinbar mit der in der Revision von 2005 noch beträchtlich griffiger und klarer gefassten Unabhängigkeit der Revisionsstelle<sup>106</sup>. Es ist zudem unvereinbar mit dem gesetzlichen Verbot einer Prüfung der Geschäftstätigkeit<sup>107</sup>. Auch die Corporate Governance verlangt, dass ein besseres Gleichgewicht zwischen den Grundfunktionen der verschiedenen Organe der Gesellschaft hergestellt wird; der rein sekundären Stellung der mit der Revision betrauten Personen im Verhältnis zu den Geschäftsführungsorganen ist Rechnung zu tragen.

Der Ansatz des *bundesrätlichen Gesetzesvorschlags* tritt diesen gesellschaftsrechtlichen Dysfunktionen und der Tendenz zu einer garantenähnlichen Stellung der Revisionsstelle entgegen. Er setzt der unsachgemässen und kontraproduktiven Solidarität der Prüfer mit den Geprüften ein Ende. Auch der bundesrätliche Gesetzesvorschlag kann freilich nicht auf einen Schlag alle Probleme lösen (vor allem nicht die Fälle mit Haftungsbeträgen, welche die Versicherungssumme um ein Vielfaches übersteigen), und er hat auch seine eigenen Problembereiche («*virtueller Regressprozess*»). Aber die Nachteile treten klar zurück gegenüber den praktischen Vorteilen.

.....  
<sup>106</sup> Art. 728 OR.

<sup>107</sup> Art. 728a Abs. 3 OR.

### Literaturverzeichnis

- Bär Rolf: Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SAG 58 (1986) 57 ff.
- Bär Rolf: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft – Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970) 476 ff.
- Bärtschi Harald: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.
- Bauen/Bernet: Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007.
- Begleitbericht EJPD, siehe Vorentwurf.
- Bertschinger Urs: Corporate Governance – Stand der Regulierung und Perspektiven, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 12, 2004, Bern 2005, 53 ff.
- Bertschinger Urs: Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, ZSR 124 (2005) 569 ff.
- Bertschinger Urs: Kommentar zu Art. 759, in: Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Handkommentar OR, Zürich 2002.
- Bertschinger Urs: Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. 1999A).
- Bertschinger Urs: Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, ST 73 (1999) 911 ff.
- Binder/Roberto: Kommentar zu Art. 759, in: Amstutz et al., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- Böckli Peter: Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich 2007 (Nachdruck 2008).
- Böckli Peter: Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 1 (2006) 4 ff.
- Böckli Peter: Schweizer Aktienrecht, 3. A. Zürich 2004 (Nachdruck 2005).
- Böckli Peter: Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, ZBJV 138 (2002) 709 ff.
- Böckli Peter: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, in: Druey/Forstmoser (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht 8, Zürich 1994, 1 ff.
- Böckli Peter: Reformvorschläge für die Verwaltung aus Sicht der Arbeitsgruppe, in: Aktienrechtsreform, Zürich 1984, SSTRK 59, 75 ff.
- Bondallaz Jacques: La responsabilité solidaire des réviseurs de sociétés anonymes (art. 755/759): considérations «de lege ferenda», REPRAX 7 (2005) 3/27 ff.
- Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, 745 ff. (zit. [nach Sonderdruck] Botschaft 1983).

- Botschaft des Bundesrates zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff. (zit. Botschaft 2006).
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff. (zit. Botschaft 2007).
- Camponovo Rico A.: Änderungsbedarf in den Statuten – Fragen zum Optionssystem, ST 82 (2008) 25 ff.
- Camponovo Rico A.: Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur, ST 78 (2004) 71 ff.
- Camponovo/Bertschinger: Haftungsreform für die Abschlussprüfung, Europäische, amerikanische und schweizerische Sicht, ST 81 (2007) 256 ff.
- Chapuis Olivier: Responsabilité solidaire de l'organe de révision des sociétés anonymes: à la croisée des chemins, in: Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift für Heinrich Koller, Basel 2006, 147 ff.
- Choper/Coffee/Gilson: Cases and Materials on Corporations, 6. A. New York 2004.
- Commission Staff Working Document: Accompanying document to the Commission Recommendation Concerning the Limitation of the Civil Liability of Statutory Auditors and Audit Firms, Impact Assessment, vom 5. Juni 2008, SEC (2008) 1975.
- Corboz Bernard: La responsabilité des organes en droit des sociétés, Basel 2005.
- Däniker Daniel: Versicherung, Prozesskostenansatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 523 ff.
- Doralt Walter: Haftungsbegrenzung für die Revisionsstelle – Notwendigkeit oder Privileg?, SZW 78 (2006) 168 ff.
- Druey Jean Nicolas: Facettenreicher Vorentwurf des Schweizer Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Eine Haftungsbeschränkung für Revisoren, NZZ Nr. 67 vom 21. März 2007, 29.
- Ebke Werner F.: Die Haftung der Abschlussprüfer, in: Krieger/Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, Köln 2007, 349 ff.
- Economiesuisse (Hrsg.): Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance vom 25. März 2002, Zürich 2002.
- Eggmann Irene: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Diss. Zürich 1997.
- Empfehlung der Kommission vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, KOM (2008) 2274 endg.

- Eppenberger Matthias: Die Solidarhaftung der Revisionsstelle, ST 65 (1991) 542 ff.
- Fluri Edgar: Die Rolle des Wirtschaftsprüfers, Komplexität der Tätigkeit und des Umfeldes, ST 80 (2006) 822 ff.
- Flühmann Caroline: Haftung aus Prüfung und Berichterstattung gegenüber Dritten, Bern 2004.
- Forstmoser Peter: Den letzten beißen die Hunde, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 483 ff.
- Forstmoser Peter: Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997.
- Forstmoser Peter: Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung, in: Das neue Aktienrecht, Schriftreihe SAV 11 (1992) 7 ff.
- Forstmoser Peter: Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 88 (1992) 137 ff. und 157 ff.
- Forstmoser Peter: «Alter Wein in neuen Schläuchen», ZSR 111 (1992) I, 1 ff.
- Forstmoser Peter: Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992) 58 ff.
- Forstmoser Peter: Das neue Aktienrecht – Übersicht über die wichtigsten Änderungen, ZGRG 10 (1991) 91 ff.
- Forstmoser Peter: Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 65 (1991) 536 ff.
- Forstmoser Peter: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, SSHW 74, Zürich 1984, 109 ff.
- Forstmoser Peter: Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in: Aktienrechtsreform, Zu Entwurf und Botschaft 1983, STK 59, Zürich 1984, 57 ff.
- Forstmoser Peter: Zur Revision des Schweizerischen Aktienrechts, ZBGR 54 (1973) 77 ff.
- Forstmoser/Hirsch: Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige konkrete Vorschläge, SAG 57 (1985) 29 ff.
- Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Forstmoser/Sprecher/Töndury: Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005.
- Glanzmann Lukas: Die Haftung der Revisionsstelle gegenüber Dritten, AJP 7 (1998) 1235 ff.
- Henggeler J. und E.: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.
- Hoffmann-Nowotny Urs H.: Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 427 ff.

- Hoffmann-Nowotny/von der Crone: Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 79 (2007) 261 ff.
- Honsell Heinrich: Solidarität und Rückgriff bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Jusletter vom 6. Mai 2002.
- Horber Felix: Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1986.
- Hunziker Arthur: Neuerungen in der Stellung und der Verantwortlichkeit der Organe, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, SSHW 74, Zürich 1984, 89 ff.
- Imbach Martin: Die wichtigsten Reformen in der Rechnungslegungsprüfung, in: Aktienrechtsreform, zu Entwurf und Botschaft 1983, STK 59 (1984) 149 ff.
- Industrie Holding: Vernehmlassung vom 31. Mai 2006 zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005.
- Isler Peter R.: Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Personen, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 195 ff.
- Kalss Susanne: Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften, ZSR 124 (2005) II, 643 ff.
- Koller Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil II, Bern 2006.
- Kunz Peter V.: Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht – Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991, SJZ 102 (2006) 145 ff.
- Linder/von der Crone: Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZW 79 (2007) 489 ff.
- Luterbacher Thierry: Versicherung und Revisorenhaftung, ST 80 (2006) 864 ff.
- Luterbacher Thierry: Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 129 ff.
- Luterbacher Thierry: Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, ST 74 (2000) 1267 ff.
- Meier-Hayoz/Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A. Bern 2007.
- Meinhardt Marcel: Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 139 ff.
- Mengiardi Peider: Die Aktienrechtsreform aus der Sicht der Kontrollstelle, in: Solidarität der Haftung von Verwaltung und Kontrollstelle im Rechtsvergleich, ATAG Ernst & Young AG (Hrsg.), Basel 1976, 1 ff.
- Mengiardi Peider: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle de lege feranda, STK 36 (1976) 133 ff.

- Müller Thomas: Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch?, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 281 ff.
- Nobel Peter: Solidarität und Unsolidarität, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 99 ff.
- Reichwein Heinz: Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ (1968) 129 f.
- Roberto Vito: Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 1 (2006) 29 ff.
- Roberto Vito: Schadensrecht, Basel 1997.
- Rüdlinger Katharina: Die grosse Aktienrechtsrevision als nächste Herausforderung – Ein Überblick, ST 80 (2006) 388 ff.
- Schmid Ernst Felix: Prozessuales zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, in: Zindel/Peyer/Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, 601 ff.
- Schnyder Anton K.: Kommentar zu Art. 43, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A. Basel 2007.
- Schnyder Anton K.: Kommentar zu Art. 50 und 51, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A. Basel 2007.
- Schorer Paul: Verstärkung von Stellung und Funktion der Organe, SAG [SZW] 55 (1983) 117 ff.
- Schüle Kurt: Neues Aktienrecht auf gutem Weg – Haftungsfrage noch ungelöst, ST 81 (2007) 174 f.
- Staehelin/Sarasin: Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität: eine Bilanz der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrisiken für den Verwaltungsrat, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 363 ff.
- Staehelin/Sutter: Zivilprozessrecht, Zürich 1992.
- Staehelin/Staehelin/Grolimund: Zivilprozessrecht, nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008.
- Stoffel Walter A.: Das Gesellschaftsrecht 2006/2007, SZW 80 (2008) 86 ff.
- Tanner Brigitte: Neues Aktienrecht: Literaturübersicht (Auswahl) inkl. Materialien und Fachtagungen, Stand: 30. Mai 1992, AJP 2 (1992) 821 ff.
- Tercier Pierre: La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Walter A. Stoffel (Hrsg.), Zürich 1994, 63 ff.

- Trigo Trindade Rita: Le conseil d'administration de la société anonyme, Diss. Genève 1996.
- Vischer Frank: Beurteilung der Aktienrechtsreform aus der Sicht des Verwaltungsrates, in: Rechtliche und Betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsrevision, SSHW 74, Zürich 1984, 155 ff.
- Vogt Hans-Ueli: Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Weber/Isler, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2008, 21 ff.
- Vogt/Fischer: Neue Haftungsrisiken für die Revisionsstelle aufgrund des neuen Revisionsrechts?, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen III, Zürich 2006, 111 ff.
- Vogel/Spühler: Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A. Bern 2006.
- von Büren/Stoffel/Weber: Grundriss des Aktienrechts, 2. A. Zürich/Basel/Genf 2007.
- von der Crone Hans Caspar: Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006) 2 ff.
- von der Crone/Roth: Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP 12 (2003) 131 ff.
- von Greyerz Christoph: Vorentwurf zu Botschaft, in: Aktienrechtsreform, Zürich 1984, SSTRK 59, 9 ff.
- von Greyerz Christoph: Solidarität der Haftung von Verwaltung und Kontrollstelle im Rechtsvergleich, ATAG Ernst & Young AG (Hrsg.), Basel 1976, 5 ff.
- Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 2. Dezember 2005 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts mit Begleitbericht, Vernehmlassungsvorlage (zit. VE-OR 2005 und Begleitbericht EJPD).
- Weber Rolf H.: Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen III, Zürich 2006, 147 ff.
- Werder Andreas: Vernehmlassung vom 27. Februar 2006 zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005.
- Widmer Dieter: Lösung der Haftungsfrage wird greifbar, Gesetzesvorlage zur Haftungsbeschränkung für Revisionsgesellschaften in Vorbereitung, ST 80 (2006) 856 ff.
- Widmer Matthias: Die Organe der AG und ihre Verantwortlichkeit, in: Praxis 4 (1991) 8 ff.
- Widmer/Banz: Kommentar zu Art. 754–761 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. A. Basel 2002.
- Widmer/Camponovo: Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, ST 82 (2008) 110 ff.

Widmer/Wessner: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, St. Gallen 1999.

Wiegand Wolfgang: Kommentar zu Art. 99, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. A. Basel 2007.

Wohlmann Herbert: Zum Ausmass der Haftung der Revisionsstelle – Ein Beitrag zur Gewaltenteilung in der grossen Aktiengesellschaft, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 429 ff.

Zäch/Triebold: Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 421 ff.