

## Haftung der Revisionsstelle

Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.200/2002 vom 13. November 2002 (BGE 129 III 129 ff.) i.S. Eheleute X. (Kläger und Berufungskläger) gegen Treuhandgesellschaft Y. S.A. (Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Katja Roth Pellanda, Advokatin und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

- A. Schadensart und Legitimation der Gläubiger
- B. Aufgabenbereich und Pflichtverletzung
- C. Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden
- D. Ergebnis

#### III. Bemerkungen

- A. Schadensart und Legitimation der Gläubiger
- B. Aufgaben, Unabhängigkeit und Pflichtverletzung
- C. Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden

#### IV. Fazit

Die nachfolgende Entscheidbesprechung stützt sich in erster Linie auf den in der amtlichen Sammlung – BGE 129 III 129 ff.<sup>2</sup> – publizierten Sachverhalt und die entsprechenden Erwägungen. Ergänzend wird auf die ausschliesslich im Internet veröffentlichten Sachverhaltsteile und Erwägungen desselben Entscheides Bezug genommen.<sup>3</sup>

### I. Sachverhalt

Die Aktiengesellschaft W. wurde im August 1989 mit dem Zweck der Herstellung und des Verkaufs von Baumaterialien gegründet.<sup>4</sup> Bereits kurz nach der Gründung kam sie in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten. Um Abhilfe zu schaffen, leistete der Verwaltungsratspräsident Z. mehrere Bareinlagen zu Gunsten der Gesellschaft. Am 31. Dezember 1991 war Z. Gläubiger einer Forderung von mehr als 2 Mio. CHF gegenüber der Aktiengesellschaft. Zwecks Vermeidung einer Überschuldungsanzeige an den Richter erklärte Z. im August 1992 den Rangrücktritt dieser Forderung. Im Verlauf des Jahres 1992 kaufte Z. von der W. AG Baumaterialien für 161 613.50 CHF und bezahlte diese durch Verrech-

nung der Kaufpreisschuld mit seiner im Rang zurückgestellten Forderung.

Die Treuhandgesellschaft Y. AG war nebst ihrer Funktion als Revisionsstelle mit der Beratung der Aktiengesellschaft und der Führung ihrer Buchhaltung betraut. Dazu gehörte insbesondere auch die Führung des Kontokorrents, das Z. mit der W. AG unterhielt. Im Rahmen dieser Tätigkeit verbuchte die Y. AG die oben genannte Verrechnung auf den entsprechenden Konti. Daneben nahm sie gewisse Berateraktivitäten für Z. wahr.<sup>5</sup> Am 16. August 1993 wurde über die W. AG der Konkurs eröffnet.

Die Eheleute X. – durch Leistung einer Kautions in Höhe von 202 600.00 CHF Gläubiger der W. AG<sup>6</sup> – erhielten im Konkurs der W. AG einen Verlustschein und liessen sich die Ansprüche der Konkursmasse abtreten. In der Folge erhoben die Eheleute X. eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Treuhandgesellschaft. Die kantonalen Instanzen verneinten eine Haftung der Y. AG. Daraufhin gelangten die Eheleute X. mit Berufung an das Bundesgericht.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft zunächst die Art des Gläubigerschadens und gestützt darauf die Aktivlegitimation der Eheleute X. [A.], um dann in der Folge Stellung zur Frage der Pflichtverletzung durch die Revisionsstelle Y. AG [B.] sowie der Kausalität zwischen einem etwaigen Fehlverhalten derselben und dem entstandenen Schaden zu nehmen [C.]. Schliesslich weist das Bundesgericht die Berufung ab [D.].

#### A. Schadensart und Legitimation der Gläubiger

Ausgangspunkt der Überlegungen des Bundesgerichts ist die Frage nach dem Ort des Schadenseintritts: Das Gericht kommt zum Schluss, der W. AG sei durch das fragliche Verhalten der Y. AG kein Schaden entstanden. Der von Z. für seinen Bezug von Baumaterial durch Verrechnung an die W. AG geleistete Betrag von 161 613.50 CHF entspräche dem Marktpreis. In buchhalterischer Hinsicht handle es sich um einen neutralen Vorgang: Verminderung der Aktiven und Passiven in gleichem Umfang. Hingegen läge durch die Veräusserung von verwertbaren Sachwerten ein-

<sup>1</sup> Katja Roth Pellanda ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Hans Caspar von der Crone ist Ordinarius für Privatrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>2</sup> Siehe auch Pra 6 (2003), Nr. 105, S. 565 ff.

<sup>3</sup> Entscheid 4C.200/2002, verfügbar unter <http://www.bger.ch>.

<sup>4</sup> Entscheid 4C.200/2002 Ziff. A.

<sup>5</sup> 4C.200/2002 Ziff. A.

<sup>6</sup> 4C.200/2002 Ziff. A.

zig zu Gunsten des Z. eine Schädigung der anderen Gläubiger – so auch der Eheleute X. – vor.<sup>7</sup>

Zur Klagelegitimation der Eheleute X. hält das Bundesgericht fest:

*«Dans ces circonstances, les distinctions opérées par la jurisprudence dans le but de déterminer qui de la société ou des créanciers ainsi que des actionnaires peut obtenir réparation du dommage subi ne sont pas pertinentes, dès lors que la société n'a en l'occurrence pas été lésée. Les demandeurs sont donc légitimés, en tant que créanciers, à s'en prendre à l'organe de révision, pour obtenir réparation de leur propre dommage.»<sup>8</sup>*

Davon ausgehend spricht das Bundesgericht den Eheleuten X. die Aktivlegitimation zu, ohne näher auf die Frage nach den Abgrenzungskriterien zur Bestimmung der Schadensart – direkt betroffene Vermögensmasse oder Verletzung einer Norm mit exklusivem Schutzbereich – einzugehen.

## B. Aufgabenbereich und Pflichtverletzung

Mit Bezug auf den Aufgabenbereich einer Revisionsstelle hält das Bundesgericht zunächst fest, die systematische Kontrolle der Geschäftsführung der Gesellschaft auf irgendwelche Unregelmässigkeiten gehöre nicht zu den gesetzlich umschriebenen Pflichten der Revisionsstelle. Stelle diese allerdings bei ihrer Revisionsstätigkeit Verstösse gegen Gesetz und Statuten fest, so habe sie den Verwaltungsrat und in wichtigen Fällen auch die Generalversammlung gemäss Art. 729b Abs. 1 OR schriftlich zu benachrichtigen, ansonsten sie sich verantwortlich machen könne. Diese Anzeigepflicht sei nicht auf den eigentlichen Gegenstand der Abschlussprüfung beschränkt, sondern gelte für alle anlässlich von Prüfung und übernommenen Zusatzaufgaben festgestellten Unregelmässigkeiten:

*«Ce devoir d'avis n'est pas limité aux objets sur lesquels porte la vérification du réviseur, mais s'applique à toutes les irrégularités constatées.»<sup>9</sup>*

*«Les tâches supplémentaires confiées à l'organe de révision sur la base d'un mandat conclu avec la société qu'il est censé contrôler ne sont pas sans incidence lors de l'appréciation de l'étendue de ses devoirs. L'organe de révision qui accepte d'effectuer d'autres activités pour la société, souvent au mépris de son devoir d'indépendance, prend le risque de voir sa responsabilité accrue.»<sup>10</sup>*

<sup>7</sup> 4C.200/2002 Erw. 3.

<sup>8</sup> 4C.200/2002 Erw. 3.

<sup>9</sup> BGE 129 III 130 Erw. 7.1.

<sup>10</sup> BGE 129 III 131 Erw. 7.2.

Schliesslich hält das Bundesgericht fest, die Führung der Bücher der Gesellschaft sei nicht Teil des Revisionsmandates. Für Fehler bei der Ausführung dieser Aufgaben werde eine Revisionsstelle deshalb auch nicht unmittelbar aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar. Demgegenüber hätte die Kenntnis des Verrechnungsvorgangs bei der Y. AG Zweifel über die Rechtmässigkeit desselben hervorrufen sollen, welche ihrerseits eine Pflicht zur Anzeige gemäss Art. 729b Abs. 1 OR nach sich gezogen hätte. Nicht nur verstösse der Verrechnungsvorgang gegen die Rangrücktrittsbestimmungen und läge weder im Interesse der W. AG noch der Eheleute X., sondern es stelle sich auch die Frage, ob nicht ein unzulässiges Selbstkontrahieren durch Z. vorläge. Die Verletzung dieser Anzeigepflicht sei wiederum geeignet, eine Revisorenhaftung zu begründen.<sup>11</sup>

## C. Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Das Bundesgericht prüft das Vorliegen des Kausalzusammenhangs zwischen der Unterlassung, die der Revisionsstelle vorgeworfen wird und dem Schaden, den die Gläubiger erlitten haben. Es stellt sich die Frage nach dem hypothetischen Verlauf der Ereignisse.

Nach Ansicht des Bundesgerichts hätte eine nachträgliche Anzeige der Y. AG gegenüber dem entsprechenden Organ die Verrechnung der Kaufpreisforderung nicht verhindert. Auch seien in der Folge keine weiteren Verrechnungen oder vergleichbare Geschäfte getätigt worden. Unter diesen Umständen sei nicht ersichtlich, inwiefern die von der Y. AG begangenen Verfehlungen den von den Eheleuten X. geltend gemachten Schaden hätten verursachen respektive vergrössern sollen.<sup>12</sup>

## D. Ergebnis

Mangels Kausalzusammenhangs zwischen dem Fehlverhalten der Revisionsstelle und der Schädigung der Gesellschaftsgläubiger weist das Bundesgericht die Berufung ab.

<sup>11</sup> BGE 129 III 132 Erw. 7.4.

<sup>12</sup> BGE 129 III 134 Erw. 8.

### III. Bemerkungen

#### A. Schadensart und Legitimation der Gläubiger

Pflichtwidriges Verhalten einer Revisionsstelle kann die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger schädigen. Diese sind grundsätzlich zur Erhebung von Verantwortlichkeitsklagen berechtigt.<sup>13</sup> Ein Schaden der Gesellschaft kann ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschaft selbst beziehungsweise für die Gesellschaft durch die Aktionäre geltend gemacht werden.<sup>14</sup> Mit der Konkurseröffnung wird der Anspruch der Gesellschaft durch einen einheitlichen Anspruch<sup>15</sup> der Gläubigergesamtheit abgelöst, der durch die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, geltend zu machen ist.<sup>16</sup> Verzichtet die Konkursmasse auf die Geltendmachung, können einzelne Gläubiger die Abtretung des Anspruchs der Gläubigergesamtheit verlangen<sup>17</sup> und wiederum aus dem einheitlichen Anspruch klagen.<sup>18</sup> Ein individuell

Geschädigter kann hingegen seinen Anspruch jederzeit direkt gegenüber den Verantwortlichen geltend machen.<sup>19</sup>

Herrschende Lehre und frühere Praxis des Bundesgerichts qualifizierten einen Schaden nach Massgabe der direkt betroffenen Vermögensmasse als unmittelbar oder mittelbar: Unmittelbar geschädigt werden Gläubiger, in deren Vermögensmasse durch das pflichtwidrige Verhalten des Organs direkt ein Schaden eintritt; mittelbar geschädigt werden Gläubiger, wenn der Schaden in ihrem Vermögen eintritt, weil die Bonität der Aktiengesellschaft vermindert wurde und diese infolge Überschuldung nicht mehr in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen.<sup>20</sup>

Mit BGE 122 III 176 ff. änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und definierte das Abgrenzungskriterium neu. Massgebend ist danach nicht mehr die Vermögensmasse, in der die Einbusse eintritt, sondern der Schutzbereich der verletzten Norm.<sup>21</sup> Schützt die Norm ausschliesslich die Interessen des Gläubigers,<sup>22</sup> so ist der betreffende Gläubiger

<sup>13</sup> Vgl. Art. 754 Abs. 1, Art. 755, Art. 756 Abs. 1 Satz 1 und Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 756 Abs. 1 OR.

<sup>15</sup> Gegenstand des Anspruchs ist der gesamte Gesellschaftsschaden; der mittelbare Schaden der Aktionäre und Gläubiger wird als mit diesem «Schaden der Gesellschaft» identisch erklärt (*Peter Böckli*, Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: *Charlotte M. Baer* [Hrsg.], Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 33).

<sup>16</sup> BGE 117 II 439, bestätigt in BGE 122 III 169 und BGE 125 III 88; siehe auch *Rolf Watter/Roland A. Truffer*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, AJP 12/1996, S. 1578. Diesen automatischen Übergang des Anspruchs bei Konkurseröffnung bezeichnet man als Ablösungstheorie. Nach der früheren Praxis – Theorie der Doppelnatur des Anspruchs – machte die Konkursverwaltung wahlweise Ansprüche der konkursiten Gesellschaft oder aufgrund eines Prozessführungsrechts die materiellen Rechte aller mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger geltend (*Harald Bärtschi*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2001, S. 156 f.). Die Ablösungstheorie des Bundesgerichts wird in der Lehre zum Teil kritisiert, weil dadurch die Einwendungsmöglichkeiten der beklagten Organe eingeschränkt werden: Persönliche Einwendungen gegen einzelne Gläubiger sowie solche gegen die Gesellschaft können nicht mehr erhoben werden (m.w.H. *Peter Widmer/Oliver Banz*, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 757 OR N 14, 28).

<sup>17</sup> Hierzu genügt nach dem Gesetzeswortlaut, dass die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet, eine formelle Abtretung ist nicht nötig (*Harald Bärtschi* [FN 16], S. 159 f.).

<sup>18</sup> *Rolf Raschein*, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: *Louis Dallèves* (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 357 ff.; *Peter Böckli* (FN 15), S. 34.

<sup>19</sup> Der Anspruch kann auch ausser Konkurs der Gesellschaft und in diesem ohne Zustimmung der Konkursverwaltung geltend gemacht werden (siehe etwa *Roland Bachmann*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, AJP 7/2003, S. 500; *Urs Bertschinger*, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 756 OR N 2; *Wolfhart F. Bürgi/Ursula Nordmann-Zimmermann*, Zürcher Kommentar, Teilband V 5b/3, Zürich 1979, Art. 753/754 OR N 15; *Anton K. Schwyder/Lukas Bopp*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs – noch einmal zum Verhältnis von Art. 757 OR und Art. 260 SchKG, in: *Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl* [Hrsg.], Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 499; *Pierre Tercier/Walter A. Stoffel*, Das Gesellschaftsrecht 1998/1999, SZW 71 [1999], S. 307; *Hans Peter Walter*, Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, in: *Charlotte M. Baer* [Hrsg.], Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 90).

<sup>20</sup> Der Begriff des unmittelbaren Schadens wird im OR nicht erwähnt; er lässt sich nur aus der Gegenüberstellung zum mittelbaren Schaden in Art. 756 ff. OR erschliessen (*Kersten Alexander Honold*, Zur Dritthaftung der Revisionsstelle, ST 72 [1998], S. 1069; *Peter Widmer/Oliver Banz* [FN 16], Art. 754 OR N 16).

<sup>21</sup> BGE 122 III 191 ff.; BGE 125 III 88 f. Zur Auswirkung der neuen Praxis auf die Klagelegitimation der Gläubiger siehe *Peter Forstmoser*, Den Letzten beißen die Hunde, in: *Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg*, Wirtschaft und Strafrecht – Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 492, 499 f.

<sup>22</sup> Zusätzlich zum Schutzbereich verlangt das Bundesgericht ein persönliches Verhalten des Gesellschaftsorgans in der di-

individuell zur Klage gegen das verantwortliche Organ legitimiert.<sup>23</sup> Schützt die Norm sowohl die Interessen der Gesellschaft als auch diejenigen der Gläubiger, so kann der Schaden ausschliesslich kollektiv, das heisst durch die Gläubigergesamtheit beziehungsweise allenfalls – von dieser abgeleitet – durch Gläubiger oder Aktionäre geltend gemacht werden, die sich den Anspruch haben abtreten lassen.<sup>24</sup> Mit der Praxisänderung soll die Privilegierung einzelner Gläubiger verhindert werden: Parallel zur Konkursverwaltung klagende Gläubiger, welche die Verantwortlichen vorweg für ihren direkten Schaden in Anspruch nehmen, verschaffen sich potentiell aus rein zeitlichen Gründen einen sachlich nicht begründeten privilegierten Zugriff auf das Haftungssubstrat.<sup>25</sup>

Im vorliegenden Entscheid stellt das Bundesgericht einen Schaden seitens der Gläubiger X. fest, der sich nicht mittelbar aus einer primären Schädigung der Gesellschaft W. AG ableitet. Das Gericht argumentiert dabei streckenweise in den Kategorien und der Terminologie der früheren Rechtsprechung. Insbesondere verzichtet es auf eine Abgrenzung gestützt auf den Schutzbereich der verletzten Norm; *in casu* Art. 729b Abs. 1 OR.<sup>26</sup> Dieser Artikel dient nicht nur dem Schutz der Gläubiger, sondern zumindest auch den Interessen der Gesellschaft.<sup>27</sup> Würde man *in casu*

rekten Beziehung zum Geschädigten sowie eine Verletzung von Pflichten, die dem Organ gegenüber dem Geschädigten persönlich obliegen (BGE 122 III 191; BGE 125 III 90).

<sup>23</sup> Nach *Forstmoser* schützen einzig die Art. 729b Abs. 2 OR sowie Art. 754 Abs. 3 OR ausschliesslich die Interessen der Gläubiger (*Peter Forstmoser*, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997, N 328; teilweise bejahend auch *Peter Widmer/Oliver Banz* [FN 16], Art. 755 OR N 18). Teilweise a.M. *Watter/Truffer*, welche einzig gewisse in Art. 739 ff. OR statuierte Bestimmungen zur Liquidation der AG als ausschliessliche Gläubigerschutzbestimmungen betrachten (*Rolf Watter/Roland A. Truffer* [FN 16], S. 1584).

<sup>24</sup> BGE 125 III 88; BGE 122 III 193.

<sup>25</sup> Zu den Pfändungsgruppen in der Betreibung der Organe siehe *Kurt Amonn/Dominik Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 1997, § 25 N 1 ff.

<sup>26</sup> 4C.200/2002 Erw.3. In die gleiche Richtung gehend, aber eine Gesellschaft ausserhalb eines Konkurses betreffend, siehe den nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichts (4C.13/1997) vom 19. Dezember 1997.

<sup>27</sup> Die Bestimmungen über die Pflichten der Revisionsstelle dienen auch dem Schutz der Allgemeinheit, insbesondere dem Schutz Dritter, die der Gesellschaft ein Darlehen gewähren oder sich an ihr beteiligen (BGE 106 II 235; BGE 122 III 193; nicht in der amtlichen Sammlung publizierter

also auf den Schutzbereich der verletzten Norm abstellen, so wären die Eheleute X. nicht individuell klageberechtigt: Sie müssten warten, bis die Konkursverwaltung den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend macht oder darauf verzichtet. Von einer Geltendmachung durch die Konkursverwaltung würden sie bloss anteilmässig profitieren, obwohl durch das schädigende Verhalten der Revisionsstelle einzig ihr Vermögen vermindert wurde.

Geht man davon aus, dass das Bundesgericht mit dem vorliegenden Entscheid nicht zur früheren Rechtsprechung zurückkehren will, so kann man zumindest von einer Differenzierung des Abgrenzungskriteriums ausgehen. Diese Präzisierung der Praxis erfordert eine nähere Würdigung.

Die vom Bundesgericht verlangte Verletzung einer Norm mit exklusivem Schutzbereich zur Begrenzung der Klagemöglichkeiten der bisher als unmittelbare Gläubigerschäden behandelten Fälle ist in Teilen der Lehre auf heftige Ablehnung gestossen. Es wird ein Festhalten am bisherigen Abgrenzungskriterium der direkt betroffenen Vermögensmasse gefordert.<sup>28</sup> Unseres Erachtens ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zuzustimmen, soweit das Abgrenzungskriterium des exklusiven Schutzbereichs auf Fälle angewendet wird, in denen überhaupt die Gefahr einer Klagekollision und damit ein Abgrenzungsproblem besteht: Liegt kein Gesellschaftsschaden vor, kann es auch keinen Schaden der Gläubigergesamtheit geben, womit deren Aktivlegitimation nicht besteht und eine Konsumtion zum Schutz des Haftungssubstrates nicht notwendig ist.<sup>29</sup> Bei dieser Sachlage spricht nichts gegen eine individuelle Geltendmachung auch bei Verletzung einer Norm mit doppelter Schutzrichtung; unabhängig davon, ob über die Gesellschaft der

Entscheid [4C.117/1999] vom 16. November 1999). Dieser Standpunkt wird heute auch von der Mehrheit der Lehre getragen (*Harald Bärtschi* [FN 16], S. 293 ff.; *Peter Forstmoser* [FN 23], N 276 ff.; *Peter Widmer/Oliver Banz* [FN 16], Art. 755 OR N 18).

<sup>28</sup> Vgl. etwa *Peter Forstmoser* (FN 21), S. 485; *Patrick Umbach*, Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen, SZW 69 (1997), S. 176; *Michael Pfeifer*, Entwicklungen und Tendenzen bei der Verantwortlichkeit, AJP 12/2000, S. 1471; *Rolf Watter/Roland A. Truffer*, Bemerkungen zu BGE 122 III 176 ff., AJP 12/1996, S. 1781 ff.

<sup>29</sup> *Reto Thomas Ruoss*, Sorgfalt und Haftung der Revisionsstelle – Ausgewählte Aspekte der Revisionsstellenhaftung, in: *Rolf H. Weber* (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 49 f.

Konkurs eröffnet wurde oder nicht.<sup>30</sup> Das Abgrenzungskriterium des exklusiven Schutzbereichs soll somit nur noch im Falle eines gleichzeitigen unmittelbaren Schadenseintritts in der Vermögensmasse von Gläubiger und Gesellschaft Anwendung finden. Diese Ansicht geht nicht explizit aus dem vorliegenden Entscheid hervor, lässt sich aber plausibel begründen, da das Bundesgericht zur Abgrenzung einzig das Kriterium der direkt betroffenen Vermögensmasse anwendet. Mit dem Abgrenzungskriterium des Schutzbereiches stellt das Bundesgericht die kollektive vor die individuelle Durchsetzung: Entscheidend ist zuerst einmal die Schutznorm; diese bestimmt, welche Vermögenskomplexe geschützt werden. Anschliessend stellt sich die Frage nach der Durchsetzung; diese erfolgt individuell oder kollektiv; bei einer Kollision konsumiert die kollektive die individuelle Durchsetzung.

Schliesslich ist festzuhalten, dass das Motiv der Gleichbehandlung von Gesellschaft und Gläubiger aufgrund der unterschiedlichen Schadensläufe durch eine aktienrechtliche Regelung höchstens annäherungsweise erreichbar ist. Kern des Problems ist die Tatsache, dass im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit das Haftungssubstrat naturgemäss oft kleiner sein wird als der entstandene Schaden. Damit stellt sich die Frage nach Kriterien für die Allokation der vorhandenen Mittel auf die verschiedenen Geschädigten. Praktisch würde dies ein umfassendes Liquidationsverfahren unter Einbezug aller Ansprecher und allen Verantwortlichen voraussetzen. Als wesentlicher Schritt in Richtung zu einem solchen Verfahren wäre zumindest die Unterstellung aller Organe einer Aktiengesellschaft unter die Konkursbetreibung denkbar. Damit wäre wenigstens sichergestellt, dass das Ausmass des Zugriffs auf die Vermögenswerte nicht, wie dies heute der Fall ist, direkt vom Zeitpunkt abhängt, in dem in einer Betreibung das Fortsetzungsbegehren gestellt werden kann.

Das Bundesgericht erreicht mit dem Abgrenzungskriterium des exklusiven Schutzbereichs der verletzten Norm im besten Fall eine Annäherung an

das Ziel einer sachgerechten Verteilung des limitierten Haftungssubstrats auf die verschiedenen Anspruchsgruppen. Mehr dürfte allerdings angesichts des beschränkten Spielraums, den die *lex lata* lässt, nicht zu erreichen sein. Insofern verdient die Rechtsprechung des Bundesgerichts trotz der zahlreichen kritischen Voten Unterstützung.<sup>31</sup>

### B. Aufgaben, Unabhängigkeit und Pflichtverletzung

Die Revisionsstelle hat als Organ der Aktiengesellschaft die Pflicht zur Prüfung von Buchführung, Jahresrechnung und Gewinnverwendungsantrag sowie zur Berichterstattung über diese Tätigkeiten und zur Anzeige von Verstössen gegen Statuten und Gesetz an die Generalversammlung und an den Verwaltungsrat.<sup>32</sup> Für Schädigungen durch ausserhalb dieses Funktionsbereichs liegende Verrichtungen kann die Revisionsstelle nicht aktienrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, sondern unterliegt allenfalls gegenüber der Gesellschaft der Vertragshaftung aus Auftragsrecht.<sup>33</sup> Gegenüber Gläubigern, die Ersatz für ihren eigenen Schaden verlangen, haftet die Revisionsstelle grundsätzlich nur für Schädigungen, die innerhalb des gesetzlichen Kompetenzbereichs liegen.<sup>34</sup>

Dementsprechend hält das Bundesgericht zunächst fest, dass die Revisionsstelle Y. AG gegenüber den Gläubigern X. keine aktienrechtliche Verantwortlichkeit aus der Verbuchung der Verrechnung treffe. Diese Tätigkeit gehöre nicht zum gesetzlichen Kompetenzbereich der Y. AG, sondern zu den Verrichtungen, mit denen sie zusätzlich beauftragt worden sei.<sup>35</sup> Danach leitet das Bundesgericht jedoch eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit aus der Kenntnis der Revisionsstelle von diesen Handlungen ab: Die Y. AG hätte die Unrechtmässigkeit<sup>36</sup> dieser

<sup>30</sup> Bisher ging die Mehrheit der Lehre davon aus, dass die Abgrenzung mittels Schutzbereich der verletzten Norm immer zur Anwendung kommt, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde (vgl. etwa *Harald Bärtschi* [FN 16], S. 215 f.; *François Chaudet*, *Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs*, ST 74 [2000], S. 309).

<sup>31</sup> A.M. *Peter Forstmoser* (FN 21), S. 492.

<sup>32</sup> Zu den einzelnen Aufgaben siehe *Peter Nobel*, *Aufgaben und Macht der Revisionsstelle*, in: *Gérard Hertig* (Hrsg.), *Die Führung der Gesellschaften und die Einhaltung der Regeln*, Kolloquium Alain Hirsch, Zürich 1996, S. 128 ff.

<sup>33</sup> *Peter Widmer/Oliver Banz* (FN 16), Art. 755 OR N 3; *Harald Bärtschi* (FN 16), S. 275.

<sup>34</sup> *Irene C. Eggmann*, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung*, Diss. Zürich 1997, S. 39.

<sup>35</sup> BGE 129 III 132 Erw. 7.4.

<sup>36</sup> Die Fälligkeit einer Rangrücktrittsforderung ist für die Dauer der Überschuldung aufgeschoben, das heisst ge-

Verrechnung erkennen müssen, weshalb eine Pflicht zur Anzeige bestanden hätte.<sup>37</sup> Die Anzeigepflicht gemäss Art. 729b Abs. 1 OR beschränke sich nicht auf den eigentlichen Gegenstand der Abschlussprüfung, sondern gelte in Bezug auf alle bei der Prüfung und anlässlich von Zusatzaufgaben festgestellten Unregelmässigkeiten.<sup>38</sup> In der Folge bejaht das Bundesgericht eine Verantwortlichkeit der Revisionsstelle aus Verletzung des Art. 729b Abs. 1 OR.

Unseres Erachtens stellt sich mit der Übernahme von Zusatzaufgaben durch die Revisionsstelle – *in casu* der Buchführung sowie der Beratertätigkeit für Z. – zusätzlich die Frage nach einer Verletzung des Grundsatzes der Unabhängigkeit.<sup>39</sup> Gemäss Art. 727c Abs. 1 und Art. 727d Abs. 3 OR besteht eine Pflicht zur Unabhängigkeit von Revisionsstelle und Revisoren nicht nur gegenüber der zu revidierenden Gesellschaft, sondern auch gegenüber deren Verwaltungsrat, Management und Mehrheitsaktionär:<sup>40</sup> Insbesondere dürfen sie weder deren Arbeitnehmer sein noch Zusatzarbeiten ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind.<sup>41</sup> Die Revisionsstelle muss eine effektive Freiheit der Urteilsbildung haben (*independence in fact*), zusätzlich aber auch gegen aussen als unabhängig erscheinen (*independence in*

*appearance*).<sup>42</sup> Nach einem Teil der Lehre gilt dies nicht nur für die direkt an der Revision beteiligten Personen, sondern auch für weitere Angestellte der Revisionsstelle.<sup>43</sup> Diese Unabhängigkeit ist nicht bloss Voraussetzung, sondern zentraler Bestandteil der Leistung der Revisionsstelle: Sie soll sicherstellen, dass der Revisor seine Prüfungstätigkeit nicht nur frei und unbeeinflusst von der zu revidierenden Gesellschaft oder interessierten Personen,<sup>44</sup> sondern auch frei von Eigeninteressen ausüben kann.<sup>45</sup> Insbesondere darf die Revisionsstelle keine Zusatzmandate verrichten, deren Ergebnis oder Qualität sie

stundet. Aus diesem Grund ist eine Verrechnung mit einer Gegenforderung nicht möglich (m.w.H. *Jörg Witmer*, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss. St. Gallen 1999, S. 175 f.; *Eric Homburger*, Zürcher Kommentar, Teilband V 5b, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 725 OR N 1263, 1265).

<sup>37</sup> BGE 129 III 132 Erw. 7.4.

<sup>38</sup> BGE 129 III 130 f.

<sup>39</sup> Vgl. auch *Rolf Watter*, Bemerkungen zu BGE 129 III 129, AJP 7/2003, S. 850 f. Aus den Sachverhaltsangaben des bundesgerichtlichen Entscheids ist nicht zweifelsfrei erkennbar, ob die fraglichen Verrichtungen der Revisionsstelle vor oder nach Inkrafttreten des neuen Aktienrechts – insbesondere der Art. 727c und Art. 727d OR – vorgenommen wurden. Die nachfolgenden Überlegungen basieren auf der Annahme, dass die fraglichen Verrichtungen der Y. AG erst nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen vorgenommen wurden.

<sup>40</sup> Zur Mischung zwischen Generalklausel und Spezialtatbestand des Art. 727 c OR siehe *Jean Nicolas Druey*, Unabhängigkeit – für einen Mittelweg, ST 73 (1999), S. 478.

<sup>41</sup> Darunter ist nicht nur eine Abhängigkeit des Revisors aufgrund persönlicher Beziehungen zu verstehen, sondern auch eine Abhängigkeit durch Einspannung in Aufträge der Gesellschaft, die den Revisor sachlich befangen machen oder die der Stossrichtung der Prüfung zuwiderlaufen können (*Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1791).

<sup>42</sup> BGE 123 III 32 f. Siehe neben vielen ausführlich *Gianluca Airaghi*, Unabhängigkeit und interne Schranken im Prüfungsunternehmen, Diss. St. Gallen 1996, S. 11 ff.

<sup>43</sup> Nach *Watter* gilt dieses Unabhängigkeitserfordernis nicht für Angestellte, die sich hinter einer sog. «Chinese Wall» befinden (siehe *Rolf Watter*, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 727c OR N 9; differenzierend *Urs Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, S. 216 ff.; ablehnend *Peter Böckli* [FN 41], N 1792; *Lukas Handschin*, Zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle: Beratung und Buchhaltungsarbeiten durch die Revisionsstelle für die revidierte Gesellschaft, SJZ 90 [1994], S. 346; *Joseph Küng*, Kritische Bemerkungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle in der Praxis, SJZ 93 [1997], S. 324; *Christian Wind*, Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 727c Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen 1998, S. 210 f.). Ausführlich zur Frage organisatorischer Massnahmen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit siehe die Dissertation von *Gianluca Airaghi* (FN 42).

<sup>44</sup> *Klaus Hütte*, Die Verantwortlichkeit des Revisors, in: Der Revisor als Berater, Zürich 1988, S. 99 f.

<sup>45</sup> Unzulässig sind auch Bindungen, die eine wirtschaftliche Abhängigkeit von der zu prüfenden Gesellschaft erzeugen: Unter anderem durch einen zu hohen Honoraranteil für Zusatzaufgaben im Verhältnis zu den Gesamteinnahmen desselben Kunden oder durch einen zu hohen Honoraranteil eines Mandates im Verhältnis zu den jährlichen Gesamteinnahmen der Revisionsstelle (siehe *Lukas Handschin* [FN 43], S. 345; *Urs Bertschinger*, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: *Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Züch/Dieter Zobl* [Hrsg.], Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 457; *Jean Nicolas Druey*, Der Revisor als Batzenzähler?, in: *Gérard Hertig* [Hrsg.], Die Führung der Gesellschaft und die Einhaltung der Regeln, Kolloquium Alain Hirsch, Zürich 1996, S. 144). Auch dürfen die Revisoren nicht an der Gesellschaft beteiligt sein, insbesondere nicht Aktien oder Obligationen besitzen, deren Wert bei einem negativen Bericht der Revisionsstelle sinken könnte (*Rolf Watter*, Nicht exekutives Mitglied des Verwaltungsrates und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: *Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser* [Hrsg.], Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 667).

dann selbst zu überprüfen hätte.<sup>46</sup> Die Objektivität der Revision ist nicht mehr gewährleistet, wenn die Revisionsstelle am Zustandekommen des Prüfgegenstandes mitwirkt und so zum Prüfer eigener Tätigkeiten wird. Gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Übernahme der Buchführung der zu revidierenden Gesellschaft mit den Unabhängigkeitsvorschriften unvereinbar.<sup>47</sup> Nicht zulässig ist somit auch die Führung der Konti für die zu revidierende Gesellschaft.

*In casu* wurde der Revisionsstelle Y. AG nicht nur die Buchführung der W. AG übertragen, sondern sie war auch Beraterin des Verwaltungsrates Z. Unter diesen Umständen ist die Gefahr einer nicht adäquaten Information über entdeckte Fehler erheblich, muss doch die Y. AG im Falle einer Anzeige befürchten, allenfalls wirtschaftlich interessante Zusatzaufträge nicht mehr zu erhalten.<sup>48</sup>

Fehlende Unabhängigkeit stellt eine Pflichtverletzung gemäss Art. 755 OR dar, die bei Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle gegenüber der Gesellschaft wie auch gegenüber den Gläubigern führt.<sup>49</sup>

Konkurrierend unterliegt die Revisionsstelle der Geschäftsführungshaftung gemäss Art. 754 OR, falls sie zudem eine Aufgabe der Geschäftsführung übernommen hat – wie etwa die Buchführung des Prüfungskunden – und ihr dabei ein schadensstiftender Fehler unterliefe.<sup>50</sup> Anzumerken ist, dass sich auch der Verwaltungsrat ersatzpflichtig macht, wenn er fahrlässig zulässt, dass eine abhängige Revisionsstelle tätig wird.<sup>51</sup>

Unseres Erachtens missachtete die Revisionsstelle somit nicht nur die Anzeigepflicht (Art. 729b Abs. 1 OR), sondern sie hat durch ihr Verhalten auch gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit (Art. 727c Abs. 1 OR) verstossen. Es liegt eine doppelte Pflichtverletzung vor.

### C. Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Hat die Revisionsstelle die Anzeigepflicht gemäss Art. 729b Abs. 1 OR missachtet, besteht ihre Pflichtverletzung in einer Unterlassung.<sup>52</sup> Diesfalls ist der hypothetische Kausalzusammenhang zu ermitteln: Hätte der Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vermieden werden können, wenn anstelle der pflichtwidrigen Unterlassung eine Handlung vorgenommen worden wäre? Das Bundesgericht verneint dies *in casu*; der Schaden sei auch bei pflichtgemäßem Handeln der Y. AG nicht zu verhindern gewesen. Diese Annahme ist unseres Erachtens nicht zwingend: Hätte die Y. AG im Nachhinein auf die Unzulässigkeit der Verrechnung hingewiesen, erscheint es durchaus als möglich, dass die Verrechnung einverständlich korrigiert und der Verwaltungsrat Z. zur Barzahlung verpflichtet worden wäre.<sup>53</sup> Dass ein sol-

<sup>46</sup> Neben vielen *Jean Nicolas Druey*, Die Unabhängigkeit des Revisors – Was besagt Art. 727c OR, ST 69 (1995), S. 706 und ausführlich *Christian Wind* (FN 43), S. 182 ff.

<sup>47</sup> BGE 123 V 165; *Peter Böckli* (FN 41), N 1792; *Urs Bertschinger* (FN 45), S. 464; *Jean Nicolas Druey* (FN 46), S. 706, 707; *Theo Guhl/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 70 N 28; *Lukas Handschin* (FN 43), S. 346; *Gabriel Heldner/Christoph Kellerhals*, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 727c OR N 3; *Rolf Watter*, Basler Kommentar (FN 43), Art. 727c OR N 13; in diesem Sinne wohl auch *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 32 N 26 (insbesondere FN 7). Weniger weit geht Ziffer 3.3 der Richtlinien zur Unabhängigkeit der Schweizerischen Treuhand-Kammer (Ausgabe 2001), nach welcher die Buchführung durch den Abschlussprüfer bei personeller Trennung in Ausnahmefällen zulässig ist. Siehe demgegenüber aber Art. 48 Abs. 2 lit. d des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über Rechnungslegung und Revision (RRG) vom 29. Juni 1998, welcher eine Mitwirkung des Abschlussprüfers bei der Buchführung untersagt (Vorentwurf verfügbar unter [www.ofj.admin.ch/themen/rrg/ve-com-d.htm](http://www.ofj.admin.ch/themen/rrg/ve-com-d.htm)).

<sup>48</sup> Ein negativer Bericht könnte dazu führen, dass die Revisionsstelle ihr Honorar aus der anderen (schlecht ausgeführten) Tätigkeit verliert oder sich sogar Ersatzansprüche aussetzt (siehe *Rolf Watter* [FN 45], S. 660; *Rosmarie Abolfathian-Hammer*, Das Verhältnis von Revisionsstelle und Revisor zur Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1992, S. 62).

<sup>49</sup> *Christian Wind* (FN 43), S. 243 ff.

<sup>50</sup> *Bertschinger*, verweisend auf das nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Bundesgerichtsurteil (4C.506/1996) vom 3. März 1998 (*Urs Bertschinger* [FN 45], S. 466; siehe auch *Rolf Watter*, Basler Kommentar [FN 43], Art. 727c OR N 13).

<sup>51</sup> *Rolf Watter*, Basler Kommentar (FN 43), Art. 727c OR N 21.

<sup>52</sup> Pflichtverletzungen der Revisionsstelle bestehen in der Regel in Unterlassungen (siehe *Peter Forstmoser* [FN 23], N 126, 150; *Christoph von Greyerz*, Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Kontrollstelle, in: *Carl Helbling* [Hrsg.], Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, Zürich 1980, S. 53; *Rosmarie Abolfathian-Hammer* [FN 48], S. 78; *Irene C. Eggmann* [FN 34], S. 182).

<sup>53</sup> Siehe auch Pra 6 (2003), Nr. 105, S. 573; *Rolf Watter*, Bemerkungen zu BGE 129 III 129 (FN 39), S. 851.

ches Vorgehen den Gläubigerschaden der Eheleute X. vermindert oder verhindert hätte, ist nicht auszuschliessen. Dies umso mehr, als nach den Feststellungen des kantonalen Gerichts zum fraglichen Zeitpunkt Sanierungsaussichten für die W. AG bestanden.<sup>54</sup>

Stellt sich die Frage einer Verletzung des Grundsatzes der Unabhängigkeit gemäss Art. 727c Abs. 1 OR, haben die Kläger einzig einen Interessenkonflikt der Revisionsstelle zu beweisen. Für das Nichtvorhandensein der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden wird die Revisionsstelle beweispflichtig. In diesem Sinne führt die fehlende Unabhängigkeit zu einer Umkehr der Beweislast: Die Revisionsstelle hat eine getreue und sorgfältige Auftragsausführung zu beweisen. *In casu* wäre es also ihre Aufgabe gewesen, darzutun, dass der Schaden auch bei einer Trennung der beiden Funktionen – Revision und Buchführung – eingetreten wäre. Sie hätte nachzuweisen, dass auch eine unabhängige Revisionsstelle bei Anwendung der üblichen Sorgfalt denselben Fehler begangen hätte.<sup>55</sup> Ob dem so wäre, ist bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation zumindest fraglich.

#### IV. Fazit

Die Verletzung einer Norm mit doppelter Schutzwirkung ist nach der geltenden Rechtsprechung durch die Konkursverwaltung geltend zu machen: Der direkte Anspruch des individuell geschädigten Gläubigers oder Aktionärs wird durch den kollektiven Anspruch aus Verletzung der Gesellschaft konsumiert. Im vorliegenden Entscheid präzisiert das Bundesgericht diese Rechtsprechung für den Fall, in dem die Verletzung der Norm mit doppelter Schutzwirkung zu einer individuellen Schädigung eines Gläubigers oder Aktionärs führte, ohne dass zugleich die Gesellschaft zu Schaden gekommen ist. Eine kollektive Durchsetzung fällt hier ausser Betracht. An deren Stelle lässt das Gericht die individuelle Durchsetzung zu. Die Konsumtion des individuellen durch den kollektiven Anspruch soll eine Bevorzugung individuell geschädigter Gläubiger oder Aktionäre im Zugriff auf das typischerweise beschränkte Haftungssubstrat verhindern. Fehlt es an einem Schaden der Gesellschaft, so besteht dafür kein Anlass. Der Entscheid ist folgerichtig, zeigt aber auch einmal mehr die Grenzen der *lex lata* bei konkurrierenden Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

Der Entscheid hätte dem Bundesgericht im Übrigen Gelegenheit zur Beantwortung der Frage geboten, ob und wann die Übernahme von Zusatzaufgaben durch eine Revisionsstelle diese in ihrer Unabhängigkeit kompromittiert. Dass dies unterblieb, ist zu bedauern.

<sup>54</sup> BGE 129 III 132 Erw. 7.4.

<sup>55</sup> So auch *Rolf Watter*, Basler Kommentar (FN 43), Art. 727c OR N 19; *Christian Wind* (FN 43), S. 246.