

Nicht exekutives Mitglied des Verwaltungsrates und Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einleitung	659
II. Revisionsstelle und Verwaltungsrat	661
1. Aufgabe der RS im Allgemeinen	661
2. Geschäftsführende und nicht exekutive Mitglieder des VR	662
3. RS und Management (bzw. geschäftsführendes Mitglied des VR)	663
4. RS und nicht exekutives Mitglied des VR, Audit Committee	665
III. Die Unabhängigkeit der RS	666
1. Grundsätzliches	666
2. Verantwortlichkeit für die Überwachung der Unabhängigkeit	668
IV. Rückschlüsse auf die konkrete Fragestellung	670

I. Einleitung

Vorliegender Beitrag will untersuchen, wie das nicht mit Exekutivfunktionen betraute Mitglied des Verwaltungsrates (letzterer nachfolgend kurz «VR») in der Erfüllung seiner Aufgaben von der Unabhängigkeit der Revisionsstelle («RS») profitiert und wie es diese zu überwatchen hat. Gleichzeitig soll versucht werden, die Anforderungen an die Unabhängigkeit der RS, mit der sich der Jubilar auch immer wieder auseinandergesetzt hat¹, im Lichte dieser Interessen des VR (wenn hier auch nur in groben Zügen) zu umschreiben². Haupterkennntnis ist dabei, dass die Problematik der Ab-

¹ Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, *Unabhängigkeit – ein knappes Gut*, FS Zünd, Zürich 1988, 91 ff.; ders., *Die Unabhängigkeit des Revisors – Was besagt Art. 727c OR?*, ST 1995, 703 ff.; ders., *Der Revisor als Bilanzprüfer?* Kolloquium Alain Hirsch, Zürich 1996, 139 ff.; ders., *Unabhängigkeit – für einen Mittelweg*, ST 1999, 477 ff.

² Vgl. detailliert URS BERTSCHINGER, *Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, ST 1999, 911 ff.; CAMONOV, *Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle*, ST 1997, 1145 ff.; ANCILLO CANEPA, *Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle im neuen RRG*, ST 1999, 15 ff.; DRUEY (FN 1); IRENE C. EGGMANN, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung*, Diss. Zürich 1997 (SSHWR Bd. 176); LUKAS HANDSCHIN, *Zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle: Beratung und Buchhaltungsarbeiten durch die Revisionsstelle für die revidierte Gesellschaft*, SJZ 1994, 344 ff.; THIERRY LUTERBACHER, *Die Pflicht zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle*, ST 1998, 481 ff.;

hängigkeit der RS weniger darin besteht, dass sie in gewissem Umfang auch revisionsfremde Aufgaben wahrnimmt (wenigstens solange nicht, als sie nicht als RS ihre eigene Beratungstätigkeit überprüft³), sondern darin, dass ihr in aller Regel das Management oder die geschäftsführenden Mitglieder des VR (lukrative) Zusatzmandate erteilen, womit die Gefahr steigt, dass unabhängige Mitglieder des VR über Fehler im Management, die von der RS in Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit entdeckt werden, nicht adäquat informiert werden, da die RS nach allfällig negativen Kommentaren ihrerseits fürchten muss, das Management zu verärgern und solche Aufträge künftig nicht wieder zu erhalten⁴.

Der vorliegende Aufsatz will damit versuchen, etwas Hitze aus der Diskussion zu nehmen, bei der man manchmal das Gefühl hat, Anwälte, die kein Interesse an irgendwelcher Beratungsarbeit der RS haben, nähmen eine sehr restriktive⁵, Vertreter der Revisionsbranche, die für Zusatzmandate aus wirtschaftlichen Gründen kämpfen müssen, eine zu large Haltung ein⁶. Angemerkt sei, dass im Lichte der Enron-Affäre

ANDREAS MÜLLER/CHRISTOPH DOLENSKY, *Die Unabhängigkeit als Fundament der Wirtschaftsprüfung*, ST 2001, 807 ff.; MAX MEYER, *Thesen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle: Die Bestimmung des Aktienrechts im Vergleich zur 8. EU-Richtlinie*, ST 1996, 159 ff.; GRAZIANO PEDROJA/ROLF WÄTTER, *Basler Kommentar zu Art. 727c, Basel*, (vorliegend zitiert nach der 2002 erscheinenden 2. Aufl.); SCHWEIZERISCHE TREUHAND-KAMMER, *Richtlinie zur Unabhängigkeit*, Ausgabe 2001 (nachfolgend «TK-Richtlinie»); CHRISTIAN WIND, *Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 727c Abs. 1 OR*, Diss. SG 1998 (Schriftenreihe der Treuhand-Kammer Bd. 160), Winterthur 1998 (zitiert «Diss.»); ders., *Die Grenzen der Beratung durch die Revisionsstelle*, ST 1999, 81 ff. (zitiert «ST 1999»).

³ In einer solchen Konstellation würde die RS wohl kaum negative Kommentare machen, müsste sie doch diesfalls Ersatzansprüche gewärtigen, vgl. PEDROJA/WÄTTER (FN 2), Art. 729c N 6 mit weiteren Hinweisen.

⁴ Gerade Ereignisse der jüngeren Vergangenheit haben der Kritik gegenüber Revisionsgesellschaften erneuten Auftrieb verliehen, so z.B. die Enron-Affäre, wo Andersen (früher Arthur Andersen) die Richtigkeit von Enrons Rechnungslegung testierte, diese später aber kräftig revidiert werden musste (z.B. durch eine Gewinnrevision von minus US\$ 591 Mio.); bekannt wurde gleichzeitig dass die Revisionsgesellschaft nebst US\$ 25 Mio. an Revisionshonoraren auch noch US\$ 27 Mio. an «Consulting Fees» kassiert hatte (NZZ vom 6. Dezember 2001, S. 33 und ECONOMIST vom 22. Dezember 2001, S. 88). Ähnliches passierte (der gleichen Firma) bei Waste Management AG (vgl. ECONOMIST vom 21. Juni 2001, mit weiteren Hinweisen auf die Situation im Jahre 2000, in welchem General Electric KPMG US\$ 23.9 Mio. für Revisionsarbeiten, aber US\$ 79.7 Mio. für andere Dienstleistungen bezahlte, oder General Motors an Deloitte & Touche US\$ 17 Mio. für Revisionsarbeiten, US\$ 79 Mio. für andere Tätigkeiten). Vgl. ferner die Vernehmlassung der SWX zu einer Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance, wo für kotierte Gesellschaften eine Offenlegung ihrer Revisionshonorare und ebenfalls der Beraterhonorare gefordert wird (Ziff. 11.2). Der Vorschlag zu einem Swiss Code of Best Practice (Fassung vom 28. Februar 2002, Verfasser PETER BÖCKLI, im Folgenden «Code») verweist demgegenüber auf die Richtlinien der Treuhandkammer zur Unabhängigkeit, ohne sich konkret zu den Honoraren und ihrer Höhe zu äussern (Ziff. 29).

⁵ Vgl. etwa HANDSCHIN (FN 2), 344 ff.

⁶ Vgl. etwa CANEPA (FN 2), 15 ff.; LUTERBACHER (FN 2), 481 ff.; MÜLLER/DOLENSKY (FN 2) 807 ff.; MEYER (FN 2), 159 ff.

Nicht exekutives Mitglied des Verwaltungsrates und Unabhängigkeit der Revisionsstelle

vermehrt Stimmen aus Finanzmarktkreisen laut werden, die nach mehr Aufsicht im Revisionswesen rufen⁷.

II. Revisionsstelle und Verwaltungsrat

1. Aufgabe der RS im Allgemeinen

Die RS hat als Organ der AG im hier interessierenden Bereich die Pflichten gemäss Art. 728 ff. OR⁸. Sie prüft Buchführung, Jahresrechnung und Gewinnverwendungsantrag und erstattet über diese Tätigkeit Bericht, dies eher summarisch gegenüber der GV (Art. 729 OR), detailliert bei gewissen Gesellschaften gegenüber dem Verwaltungsrat (Art. 729a OR), wobei Letzteres in der Praxis meist (erst) nach der Information des Managements (in sog. «Management Letters»)⁹ passiert; immer häufiger erfolgt aber auch eine umfassende Orientierung des Audit Committees, das diese Management Letters auch erhält.

Ferner meldet die RS *Verstösse gegen Statuten und Gesetz* (Art. 729b Abs. 1 OR), wobei die RS bei offensichtlicher Überschuldung zusätzlich als «Notbremse» figuriert (Art. 729b Abs. 2 OR).

Anders als die Berichterstattung dient die Prüfung der (statutarischen) Bilanz dabei eher dem *Gläubigerschutz* (im Einklang mit der immer noch gläubigerschutzbestimmten Ausrichtung des OR)¹⁰; bei der Prüfung der Erfolgsrechnung und des Anhangs – mehr noch bei der Prüfung der Mittelflussrechnung und der konsolidierten Rechnung – dient die Tätigkeit der RS dagegen primär dem *Aktionär* und dem *Kapitalmarkt* (und wie zu zeigen sein wird, dem unabhängigen Mitglied des VR), erlauben doch die (gesetzlich allerdings nicht vorgeschriebene) Mittelflussrechnung, eine

⁷ Vgl. e.g. NZZ vom 19. Januar 2002, S. 27; Financial Times (<http://www.ft.com>) vom 21. Januar 2002.

⁸ Dazu kommen aperiodische Prüfungen, etwa im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen, Prüfungen bei Aufwertungen oder der vorzeitigen Verteilung des Liquidationsüberschusses.

⁹ Vgl. dazu PETER BERTSCHINGER/MARKUS ZENHÄUSERN, *Konzernabschlüsse verstehen*, Zürich, 1996, Ziff. 8.1.9; CARL HELBLING, *Bilanz- und Erfolgsanalyse*, 9.A., Bern 1994, 316; Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung, Treuhand-Kammer, Zürich 1998 (nachfolgend zitiert «HWP»), Ziff. 4.32 f.; vgl. auch unten Ziff. II. 2.a.

¹⁰ Teilweise a.A. (mit allerdings anderer Betrachtungsweise) PETER FORSTMOSER, *Den letzten beissen die Hunde – Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit*, FS Schmid, Zürich 2001, 483 ff., 497 f., für den sich die Berichte der RS ausschliesslich an Gesellschaftsorgane richten und ihnen deshalb, entgegen der Ansicht des Bger (vgl. BGE 4C.13/1997, auszugsweise wiedergegeben in Pra 87 (1998), 680 ff.), keine Gläubigerschutzfunktion zukommt.

sauber abgegrenzte Erfolgsrechnung der AG¹¹ und noch mehr eine nach internationalen Standards (mit «true and fair view») erstellte Konzernrechnung dem Aktionär, die Leistung des Verwaltungsrates relativ solide zu beurteilen.

2. Geschäftsführende und nicht exekutive Mitglieder des VR

Geschäftsführende Mitglieder des VR – oder beim Trennsystem das Management¹² – führen nach der gesetzlichen Konzeption die Geschäfte der Gesellschaft, dies praktisch meist vollamtlich (heute oft mit stark erfolgsgewichteter Entlohnung), und werden in dieser Tätigkeit vom Gesamt-VR kontrolliert. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR scheint diese Aufsicht zwar eher in einer formellen Art zu sehen¹³, in Tat und Wahrheit trägt aber das Management (ob dies VR-Delegierte oder Dritte übernehmen, wird in der Folge nicht unterschieden)¹⁴ die Ergebnisverantwortung und der Gesamt-VR hat dessen Leistung umfassend zu beurteilen; die Aktionäre wiederum haben zu kontrollieren, ob der Gesamt-VR diese Pflicht auch wirklich wahrnimmt¹⁵.

Im Rahmen dieses «Corporate Governance»¹⁶ Systems spielt die vorliegend primär interessierende Rechnungslegung eine zentrale Rolle¹⁷, zeigt sie doch Erfolg oder Misserfolg der Unternehmensführung auf (und bildet Grundlage der Aktienbewertung und oft auch der Bonuszahlungen an das Management). Obwohl Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR die Ausgestaltung des Rechnungswesens dem Gesamt-VR überträgt, wird das Zahlenwerk praktisch unter Aufsicht des Managements erstellt, das damit das wohl wichtigste Beurteilungsmittel für seine eigene Leistung (wesentlich) mitbeeinflusst. So entscheidet in der Praxis zunächst das Management, ob etwa Wertberichtigungen auf Umlaufvermögen (z.B. Warenlager, Debitoren) oder Anlagevermögen (z.B. Fabrikgebäude) vorzunehmen sind (was zu einer Ergebnisverschlechterung führt), wie angefangene Arbeiten bewertet oder potentielle Haftungen eingeschätzt werden, wie akquisitorischer Goodwill behandelt bzw. wie schnell er amortisiert wird und welche Rückstellungen für Umstrukturierungen gebildet werden müssen.

¹¹ Die nicht durch Auflösung stiller Reserven verfälscht wird, vgl. Art. 663b Ziff. 8 OR.

¹² Vgl. Art. 716b Abs. 1 OR und dazu (statt vieler) PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 716b N 3.

¹³ Indem die Überwachung der «Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen» verlangt wird (allerdings nicht ausschliesslich, sondern nur «namentlich»).

¹⁴ In der Folge wird generell vom «Management» gesprochen.

¹⁵ Wo die Geschäftsführung durch Delegierte erfolgt, haben die Aktionäre eine direktere Kontrollmöglichkeit, indem sie sie abwählen können.

¹⁶ Vgl. (statt vieler) neuestens zum Thema HANS CASPAR VON DER CRONE, *Strategische Leitung und Qualitätssicherung in der Aktiengesellschaft*, SJZ (98) 2002, 1 ff. mit Verweisen.

¹⁷ Selbstverständlich spielen auch andere, «weiche» Faktoren eine Rolle in der Beurteilung, etwa Führungsgeschick, Integrität etc.

Damit wird klar, wie wichtig für das aussenstehende Mitglied des VR eine möglichst objektive Kontrolle der Rechnungslegung ist, will es seiner Hauptaufgabe, der Beurteilung des Managements, wirklich nachkommen¹⁸. Anzumerken ist, dass dafür nicht nur eine «korrekte» Rechnung wichtig sein kann, sondern auch eine, die den Quervergleich zu Gesellschaften mit ähnlicher Struktur und Tätigkeit im gleichen Wirtschaftsgebiet ermöglicht.

Neben der Aufsichtspflicht sprechen auch die gesetzlich vorgesehene Haftung der VR-Mitglieder und die *üblichen Entschädigungsmuster* für ein starkes Interesse des aussenstehenden Mitglieds des VR an einer die tatsächlichen Verhältnisse möglichst gut widerspiegelnden Rechnung, wobei hier die Sicht eher eine bilanzielle ist (Vermeidung eines Konkurses): Während gute Ergebnisse beim Management heute meist grössere Boni oder Gewinne aus Optionsprogrammen versprechen, ist der «Hebel» beim nicht exekutiven Mitglied des VR viel kleiner¹⁹, weil die Tätigkeit eine nebenamtliche ist, was sich – richtigerweise – im Umfang der Entschädigung auswirkt. Andererseits gilt im Falle des Konkurses (zumindest in grösseren Gesellschaften, die hier im Fokus stehen) eine faktisch gleichwertige persönliche Verantwortlichkeit, da die gesetzlich abgestufte Regressordnung (Art. 759 Abs. 1 OR) oft ohne praktische Wichtigkeit ist, weil bei allfälligen Fehlern der verursachte Schaden in aller Regel auch grössere Privatvermögen bei weitem übersteigt, womit bei einem aussenstehenden Mitglied des VR, das vielleicht nur unaufmerksam war, ebenfalls ein Totalverlust resultieren kann. Aus dieser Konstellation («upside» vor allem beim Management, ähnliches «downside» für beide Gruppen) ergibt sich, dass das aussenstehende Mitglied des VR risikoaverser sein muss und damit ein grösseres Interesse an einer korrekten, nicht überbewerteten Rechnung hat.

3. RS und Management (bzw. geschäftsführendes Mitglied des VR)

a) Allgemeines

Die vorstehenden Ausführungen dürfen nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Tätigkeit der RS nicht auch dem obersten Management nützen würde, dient

¹⁸ Nicht verschwiegen sei, dass oft auch der Gesamt-VR ein Interesse beispielsweise an einem geglätteten Ergebnis hat (was teilweise, wenn auch immer weniger, steuerliche Gründe haben kann), der Gesamt-VR sollte dann aber klar zwischen internen, betriebswirtschaftlich korrekten und externen Zahlen unterscheiden, will er seine Aufgabe wirklich wahrnehmen.

¹⁹ Selbst wenn die Entschädigung auch auf dieser Ebene immer mehr in Aktien oder Optionen erfolgt.

eine korrekt erstellte und abgegrenzte Rechnung doch auch ihm als Führungsinstrument²⁰, weiter kann die Tätigkeit der RS auch dem Management helfen, Missstände aufzudecken, an deren Beseitigung das Management ein Interesse hat (oder haben müsste). In der Praxis²¹ hat sich dabei der Bericht an die Geschäftsleitung, neudeutsch «*Management Letter*», als probates Kommunikationsmittel durchgesetzt²². Es handelt sich dabei um eine ergänzende schriftliche Berichterstattung, in welcher Erkenntnisse über das geprüfte Unternehmen, die sich bei der RS während der Prüfung ergeben haben, mitgeteilt werden, unter Umständen auch in Form von Vorschlägen organisatorischer Natur (z.B. Aufzeigen von Schwachstellen im internen Kontrollsystem) oder Hinweisen auf Problemstellungen in Bereichen wie Steuerplanung und Finanzierung²³.

Für das Management hat die RS oft eine weitere willkommene Funktion, indem das Wissen der RS um das konkrete Geschäft der AG dazu eingesetzt werden kann, um bei der RS tätige Berater und Spezialisten gezielt auf Probleme anzusetzen, beispielsweise im Bereich der Management Beratung, im Computer- oder Human Resourcesbereich, für Steuer- und Rechtsfragen, für M&A-Transaktionen, für Risikomanagement und vieles mehr. Für die RS ist umgekehrt solches «cross selling»²⁴ interessant, weil in diesen Bereichen oft wesentlich höhere Stundensätze verrechnet werden können als bei der reinen Prüfungstätigkeit.

Zwischen Management und RS kann sich somit eine Art (nicht unrisikanter) Symbiose entwickeln, bei der die eine Seite von gezielt eingesetzten Beratungsdienstleistungen profitiert, die (hoffentlich) den eigenen Leistungsausweis erhöhen, die andere von (relativ gesehen) lukrativen Zusatzmandaten.

b) Ermessensentscheide des Managements in der Rechnungsführung

Wenig ist das Management hingegen an einer «Einmischung» der RS interessiert, wo es Ermessensentscheide in der Buchführung (derer es je nach Rechnungslegungs-

²⁰ Wobei die Rechnung natürlich in der Praxis durch andere Zahlenwerke und Informationen ergänzt wird.

²¹ Im Gegensatz zum Erläuterungsbericht an den Verwaltungsrat (Art. 729a OR), sind die Management Letters gesetzlich nicht vorgesehen und deshalb auch kein Ersatz dafür; vgl. HELBLING (FN 9), 316.

²² BERTSCHINGER/ZENHAUSEN (FN 9), Ziff. 8.1.9.

²³ HWP; Ziff. 4.321; HELBLING (FN 9), 316.

²⁴ Ort für solche Bemühungen ist oft der Management Letter, bildet er doch einen «wesentlichen Teil der Kundenbetreuung» und ist ein «wichtiges Mittel, um den Wert der Prüfungsleistung für das Unternehmen zu erhöhen» (HWP; 4.321). Vgl. zu neuesten Tendenzen etwa ECONOMIST vom 19. Januar 2002, S. 65, wo im Zuge der Enron Affäre ein Verbot von Nebentätigkeiten für Revisoren postuliert wird.

standard immer noch viele gibt²⁵) oder gar eine unsichere Situation zu seinen Günstigen ausnutzen will (etwa bei einer Fusion übermässige Rückstellungen für Restrukturierungen bildet, um in den folgenden Jahren alle möglichen Fehler gegen diese Rückstellung abbuchen zu können, ohne dass der Gewinnausweis, der möglicherweise auch die Boni des Managements bestimmt, tangiert würde).

Generell gehören in diese Bereiche, in denen das Management von der RS möglichst unbeeinflusst agieren will, zunächst der gesamte Bereich stiller Reserven (inklusive Fragen der periodengerechten Abgrenzung und unnötiger Rückstellungen, vgl. auch Ziff. II. 2 oben), da diese dem Management erlauben, den Geschäftsgang und damit die eigene Leistung in einer künftigen Periode zu verschleiern, umgekehrt aber auch unterlassene Abschreibungen. Ferner gehören hierher alle Möglichkeiten, die einen klaren Vergleich mit der Konkurrenz erschweren (z.B. indem akquirierter Goodwill mit dem Eigenkapital verrechnet wird, um künftig keine Goodwillamortisation ausweisen zu müssen, womit gleichzeitig auch noch die Eigenkapitalrendite erhöht werden kann).

c) «No surprises»

Besonders unangenehm sind dem Management von der RS verlangte Korrekturen, wenn der Gesamt-VR (oder noch schlimmer: der Kapitalmarkt und die Aktionäre) davon erfährt, was sich praktisch oft in einer «no surprises» Forderung niederschlägt, d.h. von der RS verlangt wird, die Gesellschaft nicht mit unerwarteten Abänderungsforderungen zu konfrontieren.

Wohlverstanden hat diese Forderung nicht nur eine Verschleierungstaktik als Hintergrund, sondern durchaus auch verständliche Aspekte, erfordert umsichtiges Management doch stets auch das Abschätzen, wie sich ein konkretes Geschäft in der Rechnung niederschlägt – aber ein vorsichtiger Gesamt-VR muss sich bewusst sein, dass diese Forderung auch daher rühren kann, dass die Beurteilung der Managementleistung erschwert werden soll.

4. RS und nicht exekutives Mitglied des VR, Audit Committee

Aus der geschilderten Rechtslage (Ziff. II. 2 oben) heraus muss das nicht exekutive Mitglied des VR die Leistung des Managements so genau wie möglich einschätzen können (denn dies ist ja Basis jeder Aufsicht) und braucht dazu eine die tatsächlichen

²⁵ Dazu gehören – nebst den Fällen, wo der Buchführungsstandard wirklich mehrere Optionen gibt – letztlich auch die oben unter Ziff. II. 2 geschilderten Bewertungsfragen.

Verhältnisse widerspiegelnde, mit der Konkurrenz vergleichbare Rechnung, die durch die RS einer möglichst objektiven Prüfung unterzogen wird, weil sie ja durch das Management erstellt und beeinflusst wird. Zusätzlich will das aussenstehende VR-Mitglied über Fehler, welche die RS im Rahmen ihrer Tätigkeit entdeckt, orientiert werden (u.a. weil solche Fehler allenfalls einen Rückschluss auf die Qualität des Managements erlauben).

Klar ist dabei, dass das aussenstehende Mitglied des VR kein Interesse an der in Ziff. II.3.a geschilderten symbiotischen Zusammenarbeit zwischen Management und RS haben kann, denn die Chance, dass das aussenstehende Mitglied des VR objektive Hilfe von der RS erhält, sinkt, wenn die RS fürchten muss, dass das Management künftig verzichten wird, ihr lukrative Aufträge zu erteilen, wenn es von der RS (aus der Optik des Managements) «angeschwärzt» wird.

Klar ist weiter, dass eine effiziente «Kommunikationsschiene» zwischen RS und nicht exekutiven Mitgliedern des VR existieren muss, sollen letztere von der Arbeit der RS im genannten Umfang profitieren. Hier setzt sich mehr und mehr die Einrichtung eines Audit Committees durch, das sich aus aussenstehenden und unabhängigen²⁶ Mitgliedern des VR zusammensetzt: ein solches Committee hilft einerseits dadurch, dass die Ausschussmitglieder verhältnismässig mehr Zeit für die Prüfung der Finanzzahlen, die Compliance und das Risikomanagement verwenden können, andererseits sich die RS direkt gegenüber dem VR äussern kann, dies gegebenenfalls unter Umgehung des Managements²⁷. An das Audit Committee wird in aller Regel auch die Überprüfung der Unabhängigkeit der RS²⁸, aber auch die Definition des Prüfungsmandates der RS delegiert²⁹.

III. Die Unabhängigkeit der RS

1. Grundsätzliches

Art. 727c Abs. 1 OR bestimmt, dass Revisoren vom Verwaltungsrat und vom Hauptaktionär unabhängig sein müssen. Satz 2 dieser Bestimmung präzisiert, dass Revisoren

²⁶ Vgl. dazu Code, Ziff. 22 (keine oder nur geringfügige geschäftliche Beziehungen, keine frühere Tätigkeit in der Geschäftsführung); vgl. auch Gutachten KARL HOFSTETTER (Bericht «Corporate Governance in der Schweiz»), 38.

²⁷ Vgl. Code, Ziff. 24, dritter Unterpunkt; vgl. ferner BERTSCHINGER/ZENHÄUSERN (FN 9) Ziff. 8.1.10; HANSPETER THIEL, *Audit-Committee – ein Instrument der Unternehmensüberwachung*, ST 10/94, 815 ff., 818.

²⁸ Code, Ziff. 24.

²⁹ Vgl. THIEL (FN 27), 818.

ren weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein dürfen (weil sie dann einem Weisungsrecht des Verwaltungsrates unterliegen würden) noch Arbeiten ausführen können, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind. Ziel der Regelung ist es, sicherzustellen, dass die RS ihre Haupttätigkeit, die Überprüfung der Rechnung (Art. 728 OR), und ihre weiteren Pflichten (Berichterstattung, Erläuterung und Anzeige, Art. 729–729b OR) ohne Beeinflussung von Personen ausführen kann, die für die Erstellung dieser Rechnung und für das Geschäft überhaupt primär verantwortlich sind, d.h. unabhängig vom VR, dem Management und vom Hauptaktionär, der den VR kontrolliert.

Nebst Unabhängigkeit von VR und Management muss Unabhängigkeit auch gegenüber der zu prüfenden Gesellschaft bestehen, wobei hier zwei Aspekte eine Rolle spielen: zunächst dürfen die Revisoren an der zu revidierenden Gesellschaft nicht derart beteiligt sein, dass sie finanzielle Einbussen zu befürchten haben, wenn sie auf Probleme in der Gesellschaft hinweisen³⁰; anders gesagt, dürfen sie weder Aktionäre noch Gläubiger sein³¹. Wichtiger scheint im vorliegenden Zusammenhang, dass die RS auch keine Zusatzarbeiten verrichtet, deren Ergebnis oder Qualität sie dann selber wieder überprüft³². Solche Arbeiten (insb. Erledigung der Buchführung, Einführung von Buchungssystemen) sind im Sinne des Gesetzes «unvereinbar». Aber auch aus Arbeiten, die über diesen Rahmen hinausgehen, können sich Probleme ergeben³³, dies wie gezeigt vor allem dann, wenn die RS auf solche Zusatzmandate angewiesen ist, um das Prüfungsmandat wirtschaftlich sinnvoll betreiben zu können. Dann besteht die Gefahr, dass die RS mit Kritik am Management, das letztlich ja diese Zusatzaufträge erteilt, zurückhaltend sein muss.

Klar ist heute, dass diese Arbeiten nicht nur dann ein Problem darstellen, wenn die Mitarbeiter in ihrer Unabhängigkeit tatsächlich gefährdet sind (*independence in fact*), sondern auch dann, wenn ein Anschein von Abhängigkeit erweckt wird, mithin nach der allgemeinen Lebenserfahrung angenommen werden muss, dass unter konkreten Umständen eine Abhängigkeit entstehen kann (*independence in appearance*)³⁴. Damit teilweise zusammenhängend müssen nicht nur die an der Revision direkt

³⁰ Der Hinweis auf solche Probleme kann zu einem Kurssturz bei den Aktien oder zu einer Anpassung des Kreditratings führen, was im Extremfall die Liquiditätsbedürfnisse der Gesellschaft stark erhöhen und sie in den Konkurs treiben könnte.

³¹ So dürfen die Revisoren keine direkten oder indirekten finanziellen Interessen an der Gesellschaft haben, insbesondere keine Aktien oder Obligationen halten, die bei einem negativen Bericht an Wert verlieren können, vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 6, N 11; Grundsatz 1 TK-Richtlinie.

³² WIND (FN 2), ST 1999, 81; PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 13.

³³ PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 10 ff., wo sich eine ausführliche Beschreibung der mit der Prüfung vereinbaren Tätigkeiten findet; vgl. auch WIND (FN 2), ST, 81 ff.

³⁴ PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 1.

beteiligten Personen unabhängig sein, sondern auch weitere Angestellte der Revisionsfirma³⁵.

2. Verantwortlichkeit für die Überwachung der Unabhängigkeit

a) Selbstkontrolle (Art. 729 Abs. 2 OR)

Das Gesetz will die Unabhängigkeit zunächst durch eine Art Selbstkontrolle sicherstellen, indem die RS ihre Unabhängigkeit jedes Jahr bestätigen muss, Art. 729 Abs. 2 OR³⁶. Diese Pflicht bezweckt wohl vor allem, die RS an ihre Pflicht zur Unabhängigkeit zu erinnern – immerhin ist auch denkbar, dass eine wesentlich vorgenommene falsche Bestätigung eine Falschbeurkundung darstellt³⁷. Unter dem Stichwort «Selbstkontrolle» ist auch die Berufsordnung der Treuhand-Kammer zu nennen, die ihren Mitgliedern in der Richtlinie zur Unabhängigkeit Standespflichten auferlegt³⁸.

b) Kontrolle durch Verwaltungsrat, Aktionäre und Kapitalmarkt

Nebst der RS selbst obliegt nach der gesetzlichen Konzeption die Überprüfung der Unabhängigkeit dem Gesamt-VR, der im Rahmen seiner Pflicht, der Generalversammlung Anträge zu stellen (Art. 700 Abs. 2 OR), dieser nur eine unabhängige RS zur (Wieder-)Wahl vorschlagen darf. Lässt der VR es fahrlässig zu, dass eine abhängige RS die Bücher prüft, macht er sich ersatzpflichtig³⁹.

Nachdem letztlich die Aktionäre die RS wählen, kommt ihnen (theoretisch) die Hauptlast für die Überprüfung zu; da sie allerdings kaum über die nötigen Informationen verfügen, beispielsweise nicht einmal wissen, welche weiteren Mandate die RS erhält, sind sie in ihrer Entschlussfassung stark auf den Vorschlag des VR angewiesen⁴⁰.

Denkbar ist weiter, dass der Kapitalmarkt eine Kontrollfunktion ausübt, indem er Gesellschaften mit abhängiger RS mit einem Abschlagn im Aktienkurs bestraft. Ob dies stattfindet, wird man in der Schweiz erst dann beurteilen können, wenn der Markt bessere Daten zur Verfügung hat. In der heutigen Zeit scheint es – zumindest

nach persönlicher Einschätzung des Autors – vor allem so zu sein, dass der Kapitalmarkt eine Wahl einer RS, die nicht zu den fünf grossen Revisionsfirmen gehört, mit einem gewissen Argwohn betrachtet.

c) Kontrolle durch Behörden

In der Schweiz besteht eine, allerdings nur grobe Kontrolle durch den Handelsregisterführer, vgl. Art. 86a HRGV, der nur bei offensichtlich Abhängigkeit einschreitet und das auch nur bei Mandatsbeginn⁴¹.

Wesentlich einschneidender sind Rechtssysteme, in denen beispielsweise Börsenaufsichtsbehörden nur Geschäftsberichte oder verlangte Eingaben akzeptieren, deren Finanzzahlen von einer nach ihren Kriterien unabhängigen RS geprüft sind. Dies ist namentlich das System in den USA, das unterdessen teilweise auch auf Schweizer Gesellschaften Auswirkungen hat, die ihre Titel in den USA kotiert haben. Es sind denn auch die Regeln der SEC zur Unabhängigkeit⁴², die heute international sozusagen als Schrittmacher in dieser Frage dienen.

d) Kontrolle durch Verantwortlichkeitskläger

Abhängigkeit der RS kann zu deren Verantwortlichkeit nach Art. 755 OR führen⁴³. wobei allerdings die fehlende Unabhängigkeit *per se* (auch wenn sie eine Pflichtverletzung darstellt) kaum je kausal zu einem Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre oder Gläubiger führen wird. Schadensstiftend werden nur konkrete Fehler oder – praktisch viel wichtiger – Versäumnisse sein, wobei eine Abhängigkeit dem Kläger insoweit hilft, als er jeweils behaupten wird, eine unabhängige RS hätte einen konkreten Mangel entdeckt, was – wenn auch nicht rechtstechnisch, wohl aber praktisch – zu einer Art Beweislastumkehr führen kann, indem die RS dann darlegen muss, dass ihre (behauptete) Abhängigkeit keine Rolle spielte.

Generell ist die Haftung der RS im Konkursfall sehr streng, mithin ihre Tätigkeit stark risikobehaftet⁴⁴. Die RS hat somit ein sehr grosses Eigeninteresse daran, alles zu unternehmen, um zu verhindern, dass die von ihr geprüfte Gesellschaft in den Konkurs fällt; berücksichtigt man die Beweisprobleme der RS im Falle, dass dargelegt werden kann, dass sie nicht unabhängig war, folgt daraus ein (grosses) Interesse der

³⁵ Details bei PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 9; vgl. auch Art. 727d Abs. 2 OR.

³⁶ Vgl. auch zur Situation bei Wahlannahme PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 19.

³⁷ Vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 729c N 15.

³⁸ Dazu etwa PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 729c N 3.

³⁹ Vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 21.

⁴⁰ Vgl. nun aber immerhin oben FN 4, 28, zu Änderungsbestrebungen bei kotierten Gesellschaften.

⁴¹ Vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 20.

⁴² Vgl. Regulation S-X, 17 CFR part 210, insbesondere § 210.2-01; über eine Verschärfung dieser Regeln wird zur Zeit diskutiert, vgl. FN 7.

⁴³ Vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 727c N 19, vgl. auch Art. 727 N 7.

⁴⁴ Vgl. FORSTMOSER (FN 10), *passim* mit zahlreichen Verweisen.

RS an Unabhängigkeit und damit etwa an einer eigenen Zurückhaltung im Annehmen von Zusatzmandaten⁴⁵.

IV. Rückschlüsse auf die konkrete Fragestellung

Betrachtet man Stellung und Aufgaben der verschiedenen Personengruppen kann man damit zusammenfassend Folgendes festhalten:

- Das *Management* ist an einer unabhängigen RS eher wenig interessiert: es will möglichst frei in der Gestaltung der Rechnung sein und hat durchaus ein Interesse an einer RS, die spezialisierte Zusatzdienstleistungen anbieten kann, da solche Leistungen (hoffentlich und wenn qualitativ hochstehend erbracht) auch den eigenen Leistungsausweis erhöhen.
- Das *ausserstehende Mitglied der VR* hat demgegenüber kein Interesse an einer RS, die nach Zusatzaufträgen des Managements spielen muss – da eine korrekt abgegrenzte und mit der Konkurrenz vergleichbare Rechnung letztlich eine der wichtigsten Grundlagen einer effizienten Leistungskontrolle ist, muss das externe VR-Mitglied alles Interesse haben, dass eine möglichst neutrale Stelle die vom Management erstellte Rechnung als Experte überprüft. Unproblematisch sind Zusatzaufträge aus Sicht des ausserstehenden VR-Mitgliedes, wenn sie von ihm (oder anderen unabhängigen VR-Mitgliedern) erteilt werden, da es dann damit rechnen kann, dass die RS ihm gegenüber Kompetenz wird markieren wollen und sich vielleicht sogar noch besonders anstrengt, das VR-Mitglied in seiner Aufsichtstätigkeit zu unterstützen. Unproblematisch sollten auch Aufträge an die RS sein, die (a) der Gesellschaft nützen und (b) ein vernünftiges Mass nicht überschreiten.
- Der *Aktionär* will vor allem, dass «seine» Gesellschaft vom bestmöglichen Management geleitet wird und ein Kontrollmechanismus sicherstellt, dass die Performance dieses Managements effizient überwacht wird. Gleichzeitig ist der Aktionär (wie das ausserstehende VR-Mitglied) auch an einer sauber abgegrenzten Rechnung interessiert, da er auch eine Überprüfung und einen Vergleich mit anderen Gesellschaften machen will. Ein Interesse besteht allenfalls auch im Bereich der Anzeigepflichten bei Verstössen, gegen das Gesetz, speziell des Gesamt-VR (Art. 729b Abs. 1 OR). Analoges gilt für den *Kapitalmarkt*, der vor allem über

⁴⁵ Im Moment des Abschlusses dieses Manuskriptes steht noch nicht fest, wie sich der Fall Ennon (vgl. erste Hinweise in FN 4) entwickeln wird – er dürfte aber ein «show case» für diese Diskussion darstellen.

Nicht exekutives Mitglied des Verwaltungsrates und Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Analysten (welche aber ihre Informationen z.T. vom Management beziehen) mit Informationen versorgt wird (und damit indirekt dem Aktionär auch wieder hilft, eine Beurteilung vorzunehmen). Die Haltung des Aktionärs und des Kapitalmarktes zu Zusatzaufträgen⁴⁶ dürfte ambivalent sein: einerseits besteht ein Interesse daran, dass die Gesellschaft möglichst effizient beraten wird, andererseits muss der Aktionär das gleiche Interesse wie das externe Mitglied des VR haben, nämlich dass die RS keinen Ansporn haben darf, Fehler des ihm lukrative Zusatzaufträge zuhaltenden Managements vertuschen zu helfen. Helfen dürfte hier eine Offenlegung zumindest der Verhältniszahl zwischen Revisions- und anderen Einnahmen, besser noch der absoluten Zahlen⁴⁷.

- Die *Gläubiger* haben primär⁴⁸ Anrecht auf eine korrekte, nichtkonsolidierte Bilanz, da das Gesetz an diese Rechnung den Gläubigerschutz anknüpft (durch Ausschüttungssperren und die Regelung nach Art. 725 OR). Von der RS hat der Gläubiger das Recht, zu verlangen, dass sie durch Prüfung dieser Rechnung (und im Rahmen ihrer gesetzlichen Möglichkeiten⁴⁹) verhindert, dass unzulässige Ausschüttungen erfolgen oder Schutzmassnahmen nach Art. 725 OR unterlassen werden, bzw. sie im Notfall selber den Richter benachrichtigt (Art. 729b Abs. 2 OR). Seine Haltung zu jeder Art von Abhängigkeit der RS dürfte ablehnend sein – andererseits ist der Gläubiger in der Schweiz gegenüber Fehlverhalten der RS sehr gut geschützt.

Aus alledem sind m.E. folgende *Schlüsse* zu ziehen:

- a) Die Unabhängigkeit der RS ist *wichtig*, da die Anspruchsträger im Umfeld einer AG (mit der potentiellen Ausnahme des Managements) Interesse an einer korrekten Rechnung haben.
- b) Die *Überwachung* der Unabhängigkeit der RS muss primär durch die *ausserstehenden Mitglieder des VR* erfolgen – dies folgt u.a. als indirekte Konsequenz ihrer Hauptpflicht, nämlich der, die Geschäftsführung zu überwachen, was eine saubere, vergleichbare Rechnung voraussetzt, die nicht durch das Management verfälscht ist, was letztlich nur eine unabhängige RS (einigermassen) sicherstellen kann.

⁴⁶ Kein Interesse haben Aktionäre oder der Markt an anderen Arten der Abhängigkeit, etwa der Überprüfung von eigenen Tätigkeiten durch die RS.

⁴⁷ Vgl. hierzu FN 4 oben.

⁴⁸ Vgl. immetneth auch Art. 697h OR, der dem Gläubiger allenfalls auch ein Einsichtsrecht in die Konzernrechnung gibt.

⁴⁹ Diese sind eigentlich auf den Fall begrenzt, in welchem die Gewinnausschüttung offen erfolgt. Zur Lage bei der verdeckten Gewinnausschüttung ROLF WATTER, *Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften: die zivil- und handelsrechtliche Sicht*, in Markus R. Neuhaus (Hrsg.), *Verdeckte Gewinnausschüttungen*, Zürich, 1997, 159 f.

c) Die Sicherstellung der Unabhängigkeit erfolgt u.a.⁵⁰ dadurch, dass der aussenstehende VR verhindert, dass die RS von *Zusatzaufträgen*, die typischerweise das Management erteilt, abhängig wird. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass sich der Gesamt-VR über das Ausmass der Honorare (und deren Verhältnis zum Prüferhonorar) informiert, allenfalls aber auch über die Honorarsätze⁵¹, da er dadurch erfährt, ob die eine Tätigkeit für die RS wesentlich lukrativer ist als die andere. Gestützt auf diese Zahlen hat der Gesamt-VR zu beurteilen, ob die Zusatzaufträge ein Ausmass haben, die das Interesse der RS an diesen Aufträgen so verstärken, dass eine Gefahr besteht, dass die RS mit ihrer Meinung oder ihren Mitteilungen zu zurückhaltend ist, um das die Aufträge erteilende Management nicht zu verärgern. Dieses Ausmass dürfte sicher – im Sinne einer *Faustregel* – überschritten sein, wenn die Zusatzmandate Einnahmen aus dem Revisionsmandat (bei gleicher Marge) übersteigen⁵² oder in diesen Zusatzmandaten die Marge sehr hoch ist, die RS also dort mit relativ wenig Einsatz einen grossen Ertrag erwirtschaften kann. Selbst wo das Ausmass von Zusatzaufträgen geringer ist (aber doch noch signifikant), wird sich das aussenstehende VR-Mitglied aus Eigeninteresse versichern müssen, dass die Persönlichkeit der Prüfer gegen ein Abhängigkeitsverhältnis (zum Management oder ihren eigenen Kollegen in der Revisionsgesellschaft) spricht, praktisch am einfachsten durch entsprechende Fragen in Gesprächen, z.B. im Rahmen des Audit Committees.

Nach der hier vertretenen Meinung hat also das aussenstehende Mitglied des VR nicht jede Zusatzfähigkeit zu unterbinden, soweit sie wirtschaftlich für die AG vernünftig ist; es hat aber auch dafür zu sorgen, dass für die Revisionstätigkeit eine angemessene Honorierung der RS erfolgt⁵³, die jedenfalls so ausgestaltet sein muss, dass diese nicht von einer Mischrechnung zwischen Revisionstätigkeit und lukrativer Zusatzfähigkeit ausgehen muss, um das Mandat überhaupt unter wirtschaftlich sinnvollen Aspekten erfüllen zu können.

d) Die RS muss auch aus Eigeninteresse auf Unabhängigkeit bedacht sein – sie sollte damit etwa ein Klumpenrisiko vermeiden, d.h. keinen grösseren Teil ihres Hono-

⁵⁰ Der VR hat selbstverständlich die Unabhängigkeit auch abgesehen von der Frage der Zusatzaufträge zu prüfen. Insbesondere hat er bei Zweifeln die Bestätigung der RS nach Art. 729 Abs. 2 OR zu hinterfragen, z.B. durch das Einverlangen zusätzlicher Bestätigungen und Unterlagen.

⁵¹ Vgl. unten FN 53 zum Umstand, dass dann, wenn das Management das Prüferhonorar ausgehandelt hat, auch dessen Marktkonformität zu überprüfen ist.

⁵² Vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 729c N 12. Dies wäre etwa bei Entron der Fall gewesen, vgl. FN 4 oben.

⁵³ Überhaupt muss sichergestellt werden, dass der VR letztlich das Revisionshonorar bestimmt und nicht das Management, da die gleichen Effekte spielen wie bei Zusatzmandaten, wenn das Management ein zu hohes Honorar mit der RS abmachen würde.

rarvolumens aus einer einzigen Tätigkeit beziehen⁵⁴ und intern überprüfen, ob sie und ihre Angestellten wirklich unabhängig von der zu prüfenden Gesellschaft sind und damit frei von Eigeninteressen agieren können.

e) Im Weiteren hat der *Gesamt-VR* zu überwachen, dass Aufträge an die RS nicht so ausgestaltet sind, dass diese letztlich ihre eigene Tätigkeit überprüft.

f) Sofern sich nicht im Bereich von lit. (e) bewegend, sind Aufträge, die durch aussenstehende VR-Mitglieder an die RS erteilt werden, relativ unproblematisch, da durch sie kein Ansporn für die RS geschaffen wird, Fehler des Managements zu vertuschen. Immerhin ist auch hier eine gewisse Zurückhaltung angebracht, da solche Aufträge nicht ein Ausmass annehmen dürfen, das dazu führt, dass die RS ihre Pflichten gegenüber Aktionären und Gläubigern allenfalls zu Gunsten der externen VR-Mitglieder (oder des Gesamt-VR) vernachlässigt.

Anders gesagt, haben vor allem die aussenstehenden Mitglieder des VR grossen Wert auf die Unabhängigkeit der RS zu legen, haben dabei im sensitiven Bereich der Zusatzmandate aber auch die Interessen der Gesellschaft (und damit des Managements) an einer effizienten Beratung zu berücksichtigen und dürfen unter diesem Gesichtspunkt solche Tätigkeiten erlauben, sofern sie (a) diese entweder selber anordnen, wobei sie sich zu überzeugen haben, dass durch solche Mandate die Interessen der Aktionäre und Gläubiger nicht tangiert werden oder (b) diese Aufträge bei Anordnung durch das Management nicht zu einer Abhängigkeit gegenüber dem Management führen.

⁵⁴ Vgl. PEDROJA/WATTER (FN 2), Art. 729c N 12, ferner auch TK-Richtlinie Ziff. 4.2 und Art. 42 BankV; kritisch, da den Konzentrationsprozess unter den RS fördernd, WIND (FN 2), Diss., 222.