

Markus Vischer*

Die Haftung des Anwalts für Bestätigungen zuhanden der Revisionsstelle

I. Einleitung

Auch in der Schweiz hat sich eingebürgert, dass die Revisionsstelle im Rahmen ihrer Prüfung der Jahresrechnung vom externen Anwalt (bzw. von den externen Anwälten) der Gesellschaft, dessen Jahresrechnung sie prüft, Bestätigungen einholt.

Die Revisionsgesellschaften folgen bei der Einholung von solchen Anwaltsbestätigungen den auf sie anwendbaren *best practice rules*.¹

Am häufigsten richten sich die Ersuchen der Revisionsstelle auf Aussagen zu den bestehenden und den zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft. Die Revisionsstelle kann aber auch zu anderen bilanz- oder erfolgswirksamen Sachverhalten Aussagen verlangen. Oft verlangt sie auch eine Aussage zu den offenen Honorarrechnungen des betroffenen Anwalts per einem bestimmten Stichtag.

Das Ersuchen der Revisionsstelle kann so aufgebaut sein, dass der betroffene Anwalt einen bestimmten Sachverhalt bzw. eine bestimmte Einschätzung bestätigen² oder generell Aussagen zu einem bestimmten Thema machen soll.³

Das Ersuchen der Revisionsstelle wird dem betroffenen Anwalt entweder direkt von der Revisionsstelle oder indirekt über die Gesellschaft zugestellt mit der Aufforderung, die Anwaltsbestätigung direkt an die Revisionsgesellschaft zu adressieren und direkt der Revisionsstelle zuzustellen, wobei die Gesellschaft eine Kopie erhalten soll.

In beiden Fällen muss der betroffene Anwalt den Inhalt der Anwaltsbestätigung mit der Gesellschaft abstimmen. Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als bezüglich anderen Äusserungen des Anwalts gegenüber Dritten, z. B. mittels einer Rechtschrift, eines Mahnschreibens etc.

Anwaltsbestätigungen haben ein hohes Schadenspotential. Unwahre oder unrichtige Aussagen in Anwaltsbestätigungen können die Bilanz und/oder Erfolgsrechnung der Gesellschaft verzerren und die Revisionsgesellschaft⁴, aber auch weitere Dritte⁵ und natürlich auch die Gesellschaft selbst schädigen.

Im Folgenden soll die Haftung des Anwalts für Anwaltsbestätigungen gegenüber der Revisionsstelle näher beleuchtet werden.

II. Haftung gegenüber der Revisionsgesellschaft

A. Vertragliche Haftung gegenüber der Revisionsgesellschaft?

Zwischen dem betroffenen Anwalt und der Revisionsstelle besteht in aller Regel kein Vertrag über die Abgabe der Anwaltsbestätigung.⁶

Es besteht in aller Regel nur ein Vertrag zwischen dem betroffenen Anwalt und der Gesellschaft, der Anwaltsvertrag. Dieser Vertrag ist als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Trotz einer gewissen Körperlichkeit⁷ der Anwaltsbestätigung liegt kein Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR vor.⁸

Da damit der Rechtsgrund für die Abgabe der Anwaltsbestätigung gegenüber der Revisionsstelle im Vertrag zwischen dem betroffenen Anwalt und der Gesellschaft liegt, stellt sich die Frage, ob in diesem Vertrag ein Vertrag zugunsten Dritter (in concreto der Revisionsstelle) im Sinne von Art. 112 OR oder ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (in concreto der Revisionsstelle) liegt.

a) Vertrag zugunsten Dritter

Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter hat nur der Promissar, nicht aber der Dritte, ein Forderungsrecht, während beim echten Vertrag zugunsten Dritter der Dritte ein selbständiges Forderungsrecht hat.⁹

Bei der Anwaltsbestätigung entspricht es in aller Regel nicht dem Parteiwillen, dass der Revisionsgesellschaft ein selbständiger Anspruch gegenüber dem betroffenen Anwalt auf Abgabe der Anwaltsbestätigung zusteht. Ein solcher selbständiger Anspruch des Dritten ist auch nicht zu vermuten.¹⁰ Der Vertrag zwischen dem betroffenen Anwalt und der Gesellschaft ist deshalb in aller Regel nicht als echter Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren.

Es bleibt in aller Regel nur die Qualifikation dieses Vertrages als unechter Vertrag zugunsten Dritter, bei dem die Revisionsgesellschaft einen allfälligen Schaden nicht beim betroffenen Anwalt geltend machen kann.¹¹

Diesen Schaden kann auch die Gesellschaft nicht beim betroffenen Anwalt geltend machen, wird doch in der Schweiz die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation ausserhalb der indirekten Stellvertretung überwiegend nicht anerkannt.¹²

b) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Bei der in Deutschland entwickelten Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte wird gewissen, am Vertrag nicht beteiligten, schutzbedürftigen Dritten aufgrund ihrer Nähe zur Leistung des Schuldners und ihrer Beziehung zum Gläubiger ein eigener vertraglicher Schadenersatzanspruch zugestanden.¹³ Auch in der Schweiz plädiert ein Teil der Lehre für die Anerkennung dieser Rechtsfigur.¹⁴ Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht festgelegt.¹⁵

* Rechtsanwalt Dr. Markus Vischer, LL. M., ist Partner bei Walder Wyss & Partner, Zürich.

Fellmann plädiert gerade bei der Haftung des Anwalts gegenüber Dritten für die Anwendung der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, betont aber auch, dass der in den Schutzbereich des Vertrages einbezogene Personenkreis eng gezogen werden muss, damit der Anwalt nicht in unzumutbarer Weise mit uferlosen Schadenersatzpflichten gegenüber Dritten belastet wird.¹⁶

Es scheint durchaus vertretbar, die Revisionsgesellschaft in den Schutzbereich des Vertrages zwischen dem betroffenen Anwalt und der Gesellschaft einzubeziehen.¹⁷

Die Frage ist allerdings weitgehend obsolet, weil über die verwandte¹⁸ Rechtsfigur der ausservertraglichen Haftung bzw. der Vertrauenshaftung¹⁹ im Grundsatz²⁰ dasselbe Resultat wie mit der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte erreicht wird.

B. Ausservertragliche Haftung und Vertrauenshaftung gegenüber der Revisionsgesellschaft

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht für die Erteilung einer Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben wird, sowohl eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 OR als auch, konkurrierend damit, eine Vertrauenshaftung, also eine Haftung für erwecktes und enttäushtes Vertrauen.²¹

Beide Haftungen setzen nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Sonderverbindung zwischen dem Auskunftserteilenden und dem Auskunftsadressaten voraus.²² Worin sich die Anforderungen an diese Sonderverbindung bei der ausservertraglichen Haftung und der Vertrauenshaftung unterscheiden, ist unklar.²³ Unklar ist auch, wie die Voraussetzung, die Auskunft dürfe weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben worden sein, zu verstehen ist.²⁴

Letztlich ist anzunehmen, dass die Anwaltsbestätigung eine solche Sonderverbindung zwischen betroffenem Anwalt und dem Auskunftsadressaten, der Revisionsstelle, begründet und nicht im Sinne des Bundesgerichts in Ausübung eines Gewerbes oder sonst gegen Entgelt gegeben wird. Es ist nicht einzusehen, warum sich die Stellung der auskunftserteilenden Bank²⁵ von der Stellung des auskunftserteilenden Anwalts unterscheiden sollte, auch wenn die Anwaltsbestätigung im Zusammenhang mit dem Gewerbe des Anwalts abgegeben wird und der betroffene Anwalt überdies in aller Regel von der Gesellschaft (aber immerhin nicht der Revisionsgesellschaft) ein Honorar für die Erstellung der Anwaltsbestätigung erhält.²⁶

Die Folge davon ist, dass der betroffene Anwalt der Revisionsgesellschaft ausservertraglich aufgrund von Art. 41 OR und aufgrund der Vertrauenshaftung haftet, falls er «absichtlich falsche Tatsachen behauptet oder leichtfertig Angaben macht, deren Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss.»²⁷

Die Aussagen des betroffenen Anwalts in der Anwaltsbestätigung müssen deshalb nach bestem Wissen und Gewissen des Anwalts wahr sein, wo sie Tatsachen betreffen, und, wo sie Ermes-

sens- oder Werturteile darstellen, nach bestem Wissen und Gewissen des Anwalts richtig sein. Wahr und richtig heisst auch vollständig. Mit anderen Worten darf der betroffene Anwalt in der Anwaltsbestätigung nicht (wesentliche) Tatsachen verschweigen bzw. unvollständige Ermessens- oder Werturteile abgeben.²⁸

Der betroffene Anwalt ist deshalb verpflichtet, vor Abgabe der Anwaltsbestätigung sorgfältige Abklärungen in rechtlicher Hinsicht und unter Umständen auch in sachverhaltlicher Hinsicht zu treffen. So hat er z. B. eine Überprüfung einer (bisherigen) Quantifizierung der zu erwartenden Vermögenseinbussen einer pendenten Rechtsstreitigkeit (im Lichte der neuesten Entwicklungen in dieser in rechtlicher und sachverhaltlicher Hinsicht) vorzunehmen und zu diesem Zweck bei der Gesellschaft Erkundigungen über die neuesten Entwicklungen v. a. in sachverhaltlicher Hinsicht in dieser pendenten Rechtsstreitigkeit einzuholen.

Mindestens ist er aber verpflichtet, entsprechende Vorbehalte in der Anwaltsbestätigung anzubringen, wenn er z. B. eine (bisherige) Quantifizierung der zu erwartenden Vermögenseinbussen einer pendenten Rechtsstreitigkeit ohne Neuüberprüfung und/oder ohne Berücksichtigung allfälliger neuester Entwicklungen v. a. in sachverhaltlicher Hinsicht einfach wiederholt.

Der betroffene Anwalt ist aber (ohne entsprechende Instruktionen der Gesellschaft) auf keinen Fall verpflichtet, eine eigentliche *due diligence* der Gesellschaft anzustellen²⁹ und z. B. bei der Gesellschaft nach zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten zu suchen oder Aussagen der Gesellschaft über die neuesten Entwicklungen in pendenten oder zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten zu überprüfen.

Der betroffene Anwalt ist mit anderen Worten (ohne entsprechende Instruktionen der Gesellschaft) nicht verpflichtet, (in Teilbereichen) anstelle der Revisionsgesellschaft die Abschlussprüfung durchzuführen. Diese Aufgabe obliegt vielmehr der Revisionsgesellschaft. Entsprechend liegt es z. B. an dieser (bzw. an einem von ihr beigezogenen Anwalt bzw. ihrer Rechtsabteilung), (wo im Rahmen der Revisionsstätigkeit nach *best practice rules* geboten) bei der Gesellschaft nach zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten zu suchen oder Aussagen der Gesellschaft über die neuesten Entwicklungen in pendenten oder zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten zu überprüfen, z. B. mittels Durchsicht von Verwaltungsratssitzungen oder der Korrespondenz der Gesellschaft mit ihrem Anwalt oder Überprüfung des Kontos betreffend der Rechtskosten.³⁰ Es liegt auch an dieser, Aussagen des betroffenen Anwalts in der Anwaltsbestätigung u. U., insbesondere bei Zweifeln an deren Wahrheit und Richtigkeit, zu überprüfen.³¹

Um entsprechende Unklarheiten zu beseitigen, ist dem Anwalt zu empfehlen, seine Tätigkeiten für die Gesellschaft im massgebenden Zeitpunkt, aber auch seine Abklärungen insbesondere im sachverhaltlichen Bereich im Hinblick auf die Abgabe der Anwaltsbestätigung, in der Anwaltsbestätigung genau zu umschreiben. Das bedeutet, dass er in der Anwaltsbestätigung auch offen legen sollte, wo er sich auf welche Aussagen der Gesellschaft stützt.³²

Zudem sollte der betroffene Anwalt in der Anwaltsbestätigung genau umschreiben, wo er Aussagen über Tatsachen macht³³ und wo er Ermessens- oder Werturteile abgibt.³⁴

Keinesfalls sollte der betroffene Anwalt über Tatsachen spekulieren und Aussagen zu Themen machen, von denen er keine sichere Kenntnis hat. So sollte der betroffene Anwalt z. B. in der Anwaltsbestätigung nicht schreiben, es seien keine Rechtsstreitigkeiten zu erwarten. Vielmehr sollte er schreiben, er habe keine Kenntnisse von Umständen, die (sicher bzw. mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit) Rechtsstreitigkeiten (ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs wie z. B. übliche Inkassofälle) erwarten lassen. Etwas anderes kann die Revisionsgesellschaft (und auch die Gesellschaft) vom betroffenen Anwalt nicht verlangen.³⁵

Solche Vorkehrungen in der Anwaltsbestätigung schränken die Haftung des Anwalts (mindestens bei der Vertrauenshaftung) ein, weil sie den haftungsbegründenden Vertrauenstatbestand nicht entstehen lassen bzw. beseitigen.³⁶

Der Anwalt kann seine Haftung im Zusammenhang mit der Anwaltsbestätigung gegenüber der Revisionsgesellschaft (zudem) im Rahmen des Gesetzes mittels Freizeichnungsklauseln (mindestens bei der Vertrauenshaftung) einschränken. Denn solche Freizeichnungsklauseln bewirken, dass ein entsprechendes (schützenswertes) Vertrauen nicht entsteht bzw. beseitigt wird. Irrelevant sind dagegen Freizeichnungen des betroffenen Anwalts gegenüber der Gesellschaft, mindestens dann, wenn sie der Revisionsstelle nicht bekannt sind.³⁷

III. Zusammenfassung

In der Regel besteht keine vertragliche Haftung des Anwalts für die Anwaltsbestätigung gegenüber der Revisionsstelle. Dagegen besteht eine ausservertragliche Haftung bzw. eine Vertrauenshaftung gegenüber der Revisionsstelle, aufgrund derer die Angaben des Anwalts in der Anwaltsbestätigung wahr und richtig (und auch vollständig) sein müssen.

Entsprechend sollte der betroffene Anwalt keinesfalls leichtfertig und nur nach sorgfältigen Abklärungen sorgfältig formulierte Anwaltsbestätigungen zuhanden der Revisionsstelle ausstellen.

kunftsvertrages zwischen dem auskunftserteilenden Anwalt und dem Auskunftadressaten verneint wird; aber auch BGE 112 II 347, wo das Vorliegen eines Vertrages bejaht wurde; auch II B. zur (unklaren) Voraussetzung der ausservertraglichen Haftung bzw. der Vertrauenshaftung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass die Auskunft weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben wird.

- 7 Zu diesem Begriff als *conditio sine qua non* für die Qualifikation als Werkvertrag, *Peter Gauch*, Der Werkvertrag, Zürich 1996, N 45, m. w. N.
- 8 Im Allgemeinen z. B. BGE 117 II 586; 117 II 283; *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 186; je m. w. N., gl. M. bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Wirtschaftsprüfer und Gesellschaft betreffend *comfort letter*, *Peter Herzog/Therese Amstutz*, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für *Comfort Letter*, ST 2000, S. 759.
- 9 Z. B. OR-Handkommentar-*Rauber*, Art. 112 OR N 8 und 10.
- 10 BGE 123 III 136; siehe auch BGE 124 III 369.
- 11 Im Allgemeinen z. B. OR-Handkommentar-*Rauber*, Art. 112 OR N 8.
- 12 Zur Drittschadensliquidation im Allgemeinen z. B. *Peter Gauch/Walter R. Schluelp/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 7. Aufl., Zürich 1998, N 2685 ff.; a. M. bei Schäden des Underwriters beim *comfort letter* des Wirtschaftsprüfers *Herzog/Amstutz* (zit. Anm. 8), S. 761.
- 13 Z. B. *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 217 f.; zum Meinungsstand in Deutschland etwa *Harm Peter Westermann*, Vertragliche Dritthaftung im neuen Schuldrecht, S. 137 ff., in *Friedrich Harter/Wolfgang Portmann/Roger Zäch*, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002.
- 14 *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 218 m. w. N.
- 15 *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 218 m. w. N., insbesondere mit Verweisung auf BGE 121 III 315; siehe auch BGE 4C.280/1999 und BGE 4C.296/1999 vom 28. 1. 2000, jeweils E.3b (Entscheide zusammengefasst und besprochen von *Christophe Leuenberger* in ZBJV 2000, S. 289 ff. bzw. von *Viktor Aepli* in BR 2000, S. 141 f., und übersetzt auf Französisch in SJ 2000 I 549; 120 II 116).
- 16 *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 218.
- 17 A. M. bezüglich der Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber dem Underwriter aus einem *comfort letter* *Herzog/Amstutz* (zit. Anm. 8), S. 761; siehe auch II B. für die Bejahung einer Sonderverbindung zwischen betroffenem Anwalt und Revisionsgesellschaft.
- 18 Z. B. *Herzog/Amstutz* (zit. Anm. 8), S. 761 f.
- 19 Siehe II B.
- 20 U. U. aber nicht bezüglich Modalitäten wie der Hilfspersonenhaftung, der Beweislast etc.
- 21 BGE 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001, E. 4 und 5 (Entscheid zusammengefasst und besprochen von *Evelyn Wyss/Hans Caspar von der Crone*, Haftung für Auskunft, SZW 2002, S. 112 ff.); zur Vertrauenshaftung neustens auch BGE 128 III 327.
- 22 BGE 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001, E. 4a und 5.
- 23 Auch Überlegungen von *Wyss/von der Crone* (zit. Anm. 21), S. 117 f., und insbesondere auch die Kritik am bundesgerichtlichen Konzept einer konkurrenzierenden Haftung aus der gleichen Rechtsnorm (nämlich letztlich Art. 2 ZGB) von *Wyss/von der Crone* (zit. Anm. 21), S. 118.
- 24 Siehe schon Anm. 6.
- 25 In BGE 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001.
- 26 Gl. M. *Herzog/Amstutz* (zit. Anm. 8) bezüglich der Stellung des Wirtschaftsprüfers gegenüber dem Underwriter beim *comfort letter*, S. 762; auch *Martin Moser*, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Bern 1998, S. 155 ff., zu den massgeblichen Kriterien für die Annahme einer Sonderverbindung am Beispiel des auskunftserteilenden Wirtschaftsprüfers; insbesondere auch S. 161 f. (und schon S. 152 f.) zur Bedeutung der herausgehobenen Berufsstellung auch von Anwälten bei der Bejahung einer Sonderverbindung.
- 27 BGE 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001, E. 4a.
- 28 Im Allgemeinen *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 217.
- 29 Dazu im Allgemeinen z. B. *Markus Vischer*, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff.
- 30 Z. B. ISA 501 (Audit Evidence-Additional Consideration For Specific Items), paragraph 32.
- 31 Auch GzA Nr. 7 (Vollständigkeitserklärung), Ziff. 4.2, wo festgehalten wird, dass die Revisionsgesellschaft «bei begründete[n] Zweifel[n] an der Vollständigkeit und Richtigkeit» einer Vollständigkeitserklärung die erforderlichen zusätzlichen Prüfungen vornehmen muss.
- 32 BGH NJW 1995, S. 392, in welchem Entscheid der (deutsche) Bundesgerichtshof eine (Vertrauens-)Haftung eines Sachverständigen für ein un-

1 Z. B. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, 1998, Band 2, Ziff. 3.3262 über Direktbestätigungen und Saldobestätigungen; Grundsätze zur Abschlussprüfung (GzA) der Treuhand-Kammer, Ausgabe 2001, Nr. 5 (Saldobestätigungen für Forderungen aus Lieferungen und Leistungen); International Standards on Auditing (ISA) des International Auditing Practices Committee (IAPC) der International Federation of Accountants (IFAC) 505 (External Confirmations); siehe auch GzA Nr. 3 (Arbeitspapiere) und ISA 501 (Audit Evidence-Additional Consideration For Specific Items).

2 Z. B. eine Liste der bestehenden und zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten, eine Einschätzung des Management der im Zusammenhang mit diesen Rechtsstreitigkeiten zu erwartenden Vermögens einbussen, insbesondere der Gerichts- und Anwaltskosten.

3 Z. B. pendente und zu erwartende Rechtsstreitigkeiten, Einschätzung der im Zusammenhang mit diesen Rechtsstreitigkeiten zu erwartenden Vermögens einbussen.

4 Z. B. bei Inanspruchnahme dieser aufgrund von Verantwortlichkeit gemäss Art. 755 OR.

5 Wie z. B. bonusberechtigte Arbeitnehmer der Gesellschaft.

6 Im Allgemeinen zum Verhältnis des Anwalts zu Dritten z. B. *Walter Fellmann*, Die Haftung des Anwaltes, in *Walter Fellmann/Claire Huguenin Jacobs/Tomas Polednal/Jörg Schwarz*, Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 215; auch BGE 124 III 368, in dem das Vorliegen eines Aus-

richtiges Gutachten bejaht hat, obwohl die Unrichtigkeit vom Auftraggeber arglistig herbeigeführt wurde.

- 33 Z. B. bei der Auflistung pendenter Rechtsstreitigkeiten.
- 34 Z. B. bei der Quantifizierung der zu erwartenden Vermögenseinbussen einer pendenden Rechtsstreitigkeit.
- 35 Auch *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, S. 959, wonach die Revisionsgesellschaft selbst von den Organen der Gesellschaft nicht mehr als «zumutbare Erklärungen über den effektiven eigenen Wissens-

stand [...] zu bestimmten Tatsachen sowie Ermessens- und Werturteile [...]» verlangen kann.

- 36 Zu den haftungsbeschränkenden Massnahmen des Wirtschaftsprüfers beim comfort letter *Herzog/Amstutz* (zit. Anm. 8), S. 763, und zu den haftungsbeschränkenden Massnahmen des Wirtschaftsprüfers im Allgemeinen *Moser* (zit. Anm. 26), S. 208 ff.
- 37 *Moser* (zit. Anm. 26), S. 208; zu den Freizeichnungen des Anwalts im Allgemeinen und auch dazu, inwieweit solche Freizeichnungen überhaupt standesrechtlich möglich sind, z. B. *Fellmann* (zit. Anm. 6), S. 211 f.