

OR-Revisoren und illegale Finanzintermediation

Sacha Schwab, lic. iur., Bern¹



I. Allgemeine Melde- und Auskunftspflichten der Revisionsstellen

1. Expectation Gap und Aufgaben der Revision

Mit dem Begriff «expectation gap» kommt zum Ausdruck, dass die Erwartungen der Öffentlichkeit in

Fälle von Gesetzesverstössen und Missständen durch die geprüfte Gesellschaft erweitert. Über die verbale Beanstandung hinaus hat die Revisionsstelle das Recht und die Pflicht, die Behebung von Mängeln zu verlangen, Nachkontrollen vorzunehmen und die Aufsichtsbehörde zu informieren. Jedoch haben auch sie nicht die Pflicht, systematische Deliktprüfungen vorzunehmen. Solches ist nur in ausserordentlichen Fällen angezeigt.⁶

Zusammenfassung

Obligationenrechtliche Revisionsstellen können anlässlich einer Kontrolle feststellen, dass die Tätigkeit der revidierten Gesellschaft der Kapitalmarktaufsicht (nach GwG, BankG, BEHG oder AFG) unterstellt ist, die Gesellschaft aber über keine entsprechende Bewilligung oder keinen Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation (SRO)² verfügt. Die Gesellschaft ist somit illegal tätig. Es fragt sich, ob die Revisionsstelle dies einer Aufsichts- oder Strafbehörde zu melden hat, oder ob sie es bei einem Bericht an die Geschäftsleitung bzw. den Verwaltungsrat bewenden lassen kann.

2. Melde- und Auskunftspflichten nach Aktienrecht

Gemäss Art. 729b Abs. 1 OR hat die aktienrechtliche Revisionsstelle dem Verwaltungsrat Verstösse gegen Statuten oder Gesetz zu melden. In wichtigen Fällen ist nebst dem Verwaltungsrat auch die Generalversammlung zu informieren. Wichtige Fälle können z.B. darstellen: Riskante Geschäfte, Klumpenrisiken oder Geschäfte ausserhalb des Gesellschaftszwecks. Die Beurteilung, ob ein wichtiger Fall vorliegt, hat die Revisionsgesellschaft vorzunehmen. Sie hat dabei die Interessen der Aktionäre und der Gläubiger an der Wahrnehmung ihrer Rechte zu berücksichtigen. Solche Interessen können Verantwortlichkeitsansprüche, die Einberufung eines Sonderprüfers oder die Abwahl von Organen darstellen. Die Meldung wichtiger Gesetzes- oder statutarischer Verstösse erfolgt im Revisionsbericht.⁷

Die Bedeutung des Begriffs «Gesetz» in Art. 729b Abs. 1 ist umfassend⁸, d.h., er umfasst die gesamte Rechtsordnung.⁹

Die Revisorin muss nicht aktiv nach Gesetzes- oder Statutenverstössen recherchieren. Sie hat lediglich Meldung zu erstatten, wenn ihr solche vor Augen kommen. Eine Ausnahme besteht in Bezug auf das

die Zuverlässigkeit und Verantwortlichkeit der Kontrollorgane oft nicht den rechtlichen Anforderungen entsprechen³: Nach Obligationenrecht ist die Revisorin lediglich verpflichtet, die Jahresrechnung, die Buchführung und die ordnungsgemässe Verwendung des Bilanzgewinnes zu prüfen.⁴ Sie ist also kein «compliance office», das über die Rechtmässigkeit der Geschäftstätigkeit zu wachen bzw. eine Deliktprüfung vorzunehmen hat.⁵

Die Kapitalmarktgesetze haben die Möglichkeiten und Pflichten der spezialgesetzlichen Revisionsstellen im

Buchführungs- und Bilanzrecht, welches Gegenstand der systematischen Prüfung der Buchhaltung und der Jahresrechnung nach Art. 728 bildet.¹⁰ Die Meldung von Verstössen gegen diese Vorschriften bildet also Teil der Berichterstattung bzw. des Revisionsberichtes an die Generalversammlung gemäss Art. 729 OR. Versäumt die Revisionsstelle die Anzeige, begeht sie eine Pflichtverletzung. Es findet dann die Verantwortlichkeitsvorschrift von Art. 755 OR Anwendung, nach der die Revisorin für den aus der Pflichtverletzung verursachten Schaden haftet.¹¹

3. Meldepflichten der Revisorin nach Strafrecht

a) Strafbarkeit der Revisorin

Die Revisionsstelle kann neben der blossen Revision nach OR auch Berater- und andere Funktionen im Betrieb der revidierten Gesellschaft wahrnehmen. Revisoren können deshalb bei der Begehung jeglicher Wirtschaftsstraftaten als Gehilfen, Anstifter oder gar Mittäter fungieren. Die Revisorin kann sich sowohl durch aktives Tun (z.B. Urkundenfälschung) als auch durch Unterlassung i.S. echter Unterlassung (z.B. Ausbleiben der Meldung an die EBK gemäss Art. 21 Abs. 3 BankG) strafbar machen.

In Bezug auf die eigentliche Revisorentätigkeit sind vor allem «die im Zusammenhang mit schriftlichen Berichten usw. begangenen Urkundendelikte, die mit schriftlichen wie auch mündlichen Berichten verbundenen Straftatbestände wie unrichtige Angaben über kaufmännische Gewerbe» oder Geheimnisverletzungen zu erwähnen.¹²

b) Meldung der OR-Revisorin an die Strafbehörden

Das Berufsgeheimnis nach Art. 321 Abs. 1 StGB verbietet es den aus Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren, Geheimnisse zu offenbaren, von welchen sie in Ausübung ihrer Funktion Kenntnis erhalten. Die aktienrechtlichen Revisoren sind aus Art. 730 OR zum Geheimnis verpflichtet, gegenüber Dritten wie auch gegenüber einzelnen Aktionären.¹³ Der im Zivilrecht vorgeschriebene Schutz der Persönlichkeit der AG wird also durch eine Strafnorm verschärft.

Als Begriffselement des Geschäftsgeheimnisses von Art. 730 OR wird in der Literatur das *schutzwürdige Interesse* der AG angeführt.¹⁴ Zu schützen sind «diejenigen Geheimnisse, deren Offenlegung (...) Schaden zufügen könnten». Die Bekanntgabe der nicht bewilligten Tätigkeit kann einer Gesellschaft durchaus Schaden zufügen, weil deren Zwangsliquidation durch die Aufsichtsbehörde droht. Das Geheimnis des illegalen Zustandes wird deshalb von Art. 730 OR mit-

erfasst.¹⁵ Zivilrechtlich gesehen ist die Revisionsstelle in dieser Beziehung also zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Im Strafrecht ist dies nicht anders: Der Geheimnisbegriff von Art. 320 f. StGB umfasst Tatsachen, welche «relativ unbekannt sind und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein *berechtigtes* Interesse besteht, das er gewahrt wissen will». ¹⁶ Das berechnete Interesse bezieht sich auf das subjektive Interesse des Einzelnen.¹⁷ Das Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht der Gesellschaft auf Schutz der Privatsphäre soll deshalb *umfassend* geschützt werden. Dafür spricht auch, dass Art. 321 Abs. 3 StGB bestimmt, dass der Grundsatz von Art. 321 Abs. 1 StGB nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage durchbrochen werden darf.

Art. 321 Abs. 2 gibt den betroffenen Berufsgruppen das Recht, nach erfolgter schriftlicher Bewilligung der vorgesetzten Behörde das Geheimnis zu offenbaren. Den OR-Revisionsstellen ist dieses Recht nicht gegeben, da ihnen keinerlei Aufsichtsbehörde vorsteht.¹⁸

c) Art. 321 Abs. 3 StGB

Das BankG und das AFG sehen Bestimmungen vor, welche unterlassene Meldungen an die EBK im Falle von Gesetzesverletzungen durch die geprüfte Gesellschaft sanktionieren.¹⁹ Die in den Spezialgesetzen statuierten Melde- und Auskunftspflichten²⁰ stellen eine Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht nach Art. 321 Abs. 3 StGB wie auch nach Art. 47 Abs. 4 BankG und Art. 43 Abs. 3 BEHG dar.²¹ Die Revisionsgesellschaft ist deshalb in jedem Fall berechnigt und verpflichtet, entsprechende Meldungen zu erstatten.

4. Melde- und Auskunftspflichten nach Kapitalmarktrecht

a) Meldepflichten

Mit Ausnahme des GwG verpflichten die Kapitalmarktgesetze die anerkannten Revisionsgesellschaften, der Aufsichtsbehörde Gesetzesverstösse zu melden, von denen sie während ihrer Revisorstätigkeit erfahren haben.²² Gewisse Meldungen müssen erst nach Anhebung einer Frist an die revidierte Gesellschaft erfolgen. Dem BankG, dem AFG und dem BEHG ist gleich, dass strafbare Handlungen sofort der EBK gemeldet werden müssen. Der blosse Verdacht auf eine Straftat genügt, um die Meldepflicht auszulösen, ebenso die abstrakte Gefährdung des Vermögens und damit der Interessen der Gläubiger.²³

b) Auskunftspflichten

Die Kapitalmarktgesetze sehen eine Auskunftspflicht der anerkannten wie auch der OR-Revisionsgesellschaften gegenüber der Aufsichtsbehörde vor²⁴.

Die Bestimmung des Inhalts der Auskunftspflicht liegt im «technischen Ermessen» der Aufsichtsbehörde. Im Zweifel ist sie weit auszulegen, da «der präventive Beizug von genügenden Informationen die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen» begünstigt.²⁵ Die Auskunftsbehörden müssen dem Zweck der Aufsicht dienen, sachlich gerechtfertigt und angemessen sein.²⁶ Die Sachverhaltsabklärung hat immer im Rahmen des VwVG zu erfolgen.²⁷

5. Zwischenergebnis

Die Meldepflicht des aktienrechtlichen Revisors beschränkt sich eng auf die Meldung an den Verwaltungsrat bzw. die Generalversammlung gemäss Art. 729b OR. Das Geheimnis der Gesellschaft ist umfassend geschützt. Dem OR-Revisor kommt deshalb kein Recht zu, von sich aus Meldung an die Behörden zu erstatten. Eine Ausnahme besteht im Falle der Melde- und Auskunftspflichten der spezialgesetzlichen Revisionsstellen. Die Meldepflichten sind relativ eng umschrieben. Im GwG fehlen sie vollständig. Der Inhalt der Auskunftspflichten liegt dagegen im «technischen Ermessen» der Aufsichtsbehörden.

II. Meldepflicht bei Kenntnisaufnahme illegaler Finanzintermediation

1. Aktienrecht

Erhält die Revisorin anlässlich der Prüfung der Gesellschaft Kenntnis über eine illegale Tätigkeit nach Kapitalmarktrecht, ist sie mindestens zu einer Meldung an den Verwaltungsrat gemäss Art. 729b Abs. 1 OR verpflichtet, da, wie oben beschrieben, diese Bestimmung Verstösse gegen jegliche Gesetze einschliesst.

Sodann ist fraglich, ob die Revisorin ihre Feststellung auch in ihrem Revisionsbericht zu Händen der Generalversammlung vermerken muss. Gemäss Art. 729b Abs. 1 muss dazu ein wichtiger Fall vorliegen. Wie beschrieben muss die Revisorin bei ihrer Beurteilung, ob es sich um einen wichtigen Fall handelt, die Interessen der Aktionäre und Gläubigerinnen berücksichtigen. Diese Interessen können bedroht sein, wenn man bedenkt, dass der Gesellschaft die Liquidation oder andere einschneidende Massnahmen drohen,

sollte ihre Tätigkeit dereinst den Aufsichtsbehörden bekannt werden.

Wird der Revisionsstelle die illegale Tätigkeit bewusst und versäumt sie die Pflicht zur Meldung, kann dies im Falle einer Zwangsliquidation durch die Aufsichtsbehörde eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 755 OR nach sich ziehen.

2. Kapitalmarktrecht

Die obligationenrechtlichen Revisionsstellen sind per definitionem keine anerkannten spezialgesetzlichen Revisionsstellen und werden deshalb nicht durch die entsprechenden Gesetze verpflichtet.²⁸ Deshalb trifft sie auch keine Pflicht zur Meldung nicht bewilligter Tätigkeiten nach Kapitalmarktrecht.

Eine andere Konstellation ergibt sich, wenn eine von der EBK anerkannte Revisorin eine illegal tätige Gesellschaft nach Aktienrecht revidiert. Hier könnte sich eine Meldepflicht nach BankG, AFG oder BEHG ergeben, weil die illegal tätige Gesellschaft automatisch der Aufsicht der EBK unterstellt ist. Dagegen spricht jedoch, dass das OR-Mandat der Revisorin nur in geringen Teilen dem Mandat nach Spezialgesetz entspricht. Der Charakter und der Aufgabenkreis der beiden Mandate sind sehr unterschiedlich.²⁹ Aus der beschriebenen «ungewollten» Doppelfunktion der Revisionsgesellschaft kann deshalb kaum auf eine Meldepflicht nach Spezialgesetz geschlossen werden.

3. Strafrecht

Eine mögliche Straftat, welche die Revisorin begehen könnte, wäre die Gehilfenschaft zur Weiterführung der illegalen Tätigkeit der revidierten Gesellschaft. Dies, weil die Revisorin die Meldung an die Behörde unterlassen hat. Eine Gehilfenschaft des Revisors aus Unterlassung kann durchaus strafbar sein, da ihn aus Art. 729a OR eine Anzeigepflicht im Fall von Gesetzesverletzungen durch die revidierte Gesellschaft trifft und er demnach eine Garantenstellung einnehmen kann.³⁰

Die Strafbarkeit der Gehilfenschaft setzt jedoch gemäss Art. 25 StGB eine Qualifizierung der Haupttat als Verbrechen oder Vergehen voraus. Die Delikte gemäss Art. 36 GwG, Art. 46 Abs. 1 Bst. a BankG, Art. 69 Abs. 1 Bst. a AFG und Art. 40 BEHG stellen blosse Verwaltungsstrafen dar, sind mit Busse bedroht und deshalb gemäss Art. 9 StGB keine Verbrechen oder Vergehen, sondern blosse Übertretungen.

Der Revisor kann deshalb in Bezug auf verwaltungsstrafrechtliche Vorschriften nicht als Gehilfe belangt werden. Ihn trifft keine strafrechtliche Pflicht, gegen die unbewilligte Tätigkeit bzw. gegen deren Weiterführung einzuschreiten.

4. Zwischenergebnis

Auch bezüglich der Kenntniserhebung illegaler Finanzintermediation ergibt sich die Meldepflicht des Revisors lediglich gegenüber den Organen der Gesellschaft, so auch bei «ungewollten» Doppelmandaten. Unterlässt der Revisor die Meldung ganz, kann er höchstens aus Zivilrecht, nicht jedoch aus Strafrecht belangt werden.

III. Fazit

Bezüglich der Auskunftspflichten ist die Gesetzeslage eindeutig: Bei einer Anfrage der Aufsichtsbehörden sind die OR- wie auch die spezialgesetzlichen Revisionsstellen verpflichtet, entsprechende Informationen und Unterlagen auszuhändigen. Sie sind diesfalls von ihrer straf- und zivilrechtlichen Schweigepflicht entbunden.

Zur Eigeninitiative bzw. zur Meldung an die Aufsichtsbehörden oder das Eidg. Finanzdepartement sind die Revisoren nicht verpflichtet. Die Frage, ob sie von sich aus Meldung erstatten dürfen, lässt sich nicht sicher beantworten. Die Möglichkeit der Durchbrechung der Schweigepflicht ist kaum gegeben. ■

- ¹ Der Autor ist juristischer Mitarbeiter der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei. Der vorliegende Text gibt ausschliesslich die persönliche Meinung des Autors wieder.
- ² Vom Begriff «Bewilligung» wird in dieser Arbeit aus ökonomischen Gründen immer auch der Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) erfasst
- ³ AFG-Watter Art. 52 N 4; BankG-Lutz Vorbem. Art. 18.22, N 2 mit Hinweisen; Niklaus Schmid, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisors, Winterthur 1996, S. 27
- ⁴ Art. 728, 819, OR
- ⁵ Lutz (FN 3), N 5
- ⁶ für den Bereich des BankG: Lutz (FN 3), N 5
- ⁷ Heldner / Kellerhals, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 729b N 2
- ⁸ Watter, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 2002, Art. 729b, N 2
- ⁹ Peter Forstmoser / Arthur Meier-Hayoz / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996/33 N 65
- ¹⁰ Schmid (FN 3), N 15
- ¹¹ dazu Schmid (FN 3), S. 33 N 120 ff.
- ¹² Schmid (FN 3), S. 39
- ¹³ Forstmoser et al. (FN 9), 33 N 109 ff.
- ¹⁴ vgl. Weber, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 2002, Art. 697e N 5; Forstmoser et al. (FN 9)35 N 98; Renate Wenninger, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Zürich 1983, S. 9
- ¹⁵ so auch Weber (FN 14), der darin erwähnte BGE 103 IV 284 ist m. E. falsch zitiert; vgl. auch Wenninger (FN 14), S. 9
- ¹⁶ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil. Band I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5. Auflage, Bern 1995, 59 N 5
- ¹⁷ In diese Richtung auch die Argumentation in BGE 114 IV 46
- ¹⁸ Schmid (FN 3), N 128 mit Nachweisen in FN 441
- ¹⁹ Art. 46 Abs. 1 Bst. k und Art. 49 Abs. 1 Bst. e BankG, Art. 69 Abs. 1 Bst. f AFG,
- ²⁰ so auch die Auskunftspflichten gemäss BEHG und GwG
- ²¹ Schmid (FN 3), S. 112
- ²² so Art. 21 Abs. 4 BankG, Art. 19 Abs. 4 und 5 BEHG und Art. 60 Abs. 2 AFV-EBK; s. auch EBK-RS 92/1 S. 10 f.
- ²³ EBK-Bulletin 2, S. 30 f.
- ²⁴ Art. 19 GwG, Art. 23^{bis} BankG, Art. 35 Abs. 2 Bst. b BEHG, Art. 31 BEHV und Art. 60 AFG; s. EBK-RS 92/1 S. 10 f.
- ²⁵ zum bankengesetzlichen Auskunftsrecht und analog dazu BGE 108 Ib 83 ff., 200; 116 Ib 198 ff., 201 f., 121 II 149 ff.
- ²⁶ zum BankG BGE 108 Ib 83 f.
- ²⁷ Lutz (FN 3), Art. 23^{bis}, N 7
- ²⁸ für das Verhältnis zwischen bank- und aktienrechtlicher Revisionsstelle s. Lutz (FN 3), Vorbem. Art. 18–22, N 5
- ²⁹ Die Angestellten grösserer Revisionsfirmen, welche die spezialgesetzliche Prüfung vornehmen und deshalb unterstellungspflichtige Tätigkeiten erkennen könnten, sind SpezialistInnen und führen kaum «normale» obligationenrechtliche Mandate
- ³⁰ Schmid (FN 3), N 15; Uwe Bruggmann, Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Revisionsstelle im Strafrecht, Zürich 1996, S. 52 ff.