

BGE 139 III 449

Bundesgericht (BGE), 2013-09-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_139_III_449

FR: ATF 139 III 449

IT: DTF 139 III 449

Regeste

Regeste Verzicht auf die eingeschränkte Revision gemäss Art. 727a Abs. 2 OR (Opting-out). Voraussetzungen des Verzichts auf die eingeschränkte Revision (E. 2.1, 2.3.1 und 2.3.3); Belege zum Nachweis dieser Voraussetzungen (E. 2.3.2 und 2.3.4)

Regeste Renonciation au contrôle restreint selon l'art. 727a al. 2 CO (opting-out). Conditions de la renonciation au contrôle restreint (consid. 2.1, 2.3.1 et 2.3.3); documents prouvant la réalisation de ces conditions (consid. 2.3.2 et 2.3.4).

Regesto Rinuncia alla revisione limitata secondo l'art. 727a cpv. 2 CO (opting-out). Presupposti per rinunciare a una revisione limitata (consid. 2.1., 2.3.1 e 2.3.3); documenti giustificativi per dimostrare l'esistenza di questi presupposti (consid. 2.3.2. e 2.3.4).

Erwägungen

E. 2

Diese Erklärung muss von mindestens einem Mitglied des Verwaltungsrats unterzeichnet sein. Kopien der massgeblichen aktuellen Unterlagen wie Erfolgsrechnungen, Bilanzen, Jahresberichte, Verzichtserklärungen der Aktionärinnen und Aktionäre oder das Protokoll der Generalversammlung müssen der Erklärung beigelegt werden. Diese Unterlagen unterstehen nicht der Öffentlichkeit des Handelsregisters nach den Artikeln 10-12 und werden gesondert aufbewahrt.

E. 2.1.1

Gemäss Art. 818 Abs. 1 i.V.m. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR müssen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden: a. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken; b. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken; c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Sind die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht gegeben, so muss die Gesellschaft ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen (Art. 727a Abs. 1 OR). Gemäss Art. 727a Abs. 2 OR kann auf die eingeschränkte Revision mit der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat (sog. Opting-out). Dieses Opting-out ist gemäss Art. 727a Abs. 5 OR dem Handelsregister anzumelden.

E. 2.1.2

Gemäss Art. 83 HRegV gelten bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung u.a. für die Revision und für die BGE 139 III 449 S. 452 Revisionsstelle die handelsregisterrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft sinngemäss. Hierzu gehört Art. 62 HRegV , der

unter dem Marginalie "Verzicht auf eine eingeschränkte Revision" steht und wie folgt lautet: 1 Aktiengesellschaften, die weder eine ordentliche noch eine eingeschränkte Revision durchführen, müssen dem Handelsregisteramt mit der Anmeldung zur Eintragung des Verzichts eine Erklärung einreichen, dass: a. die Gesellschaft die Voraussetzungen für die Pflicht zur ordentlichen Revision nicht erfüllt; b. die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat; c. sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet haben.

E. 2.2

Die Vorinstanz führte aus, dass mit Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts per 1. Januar 2008 alle Gesellschaften mit beschränkter Haftung grundsätzlich (eingeschränkt) revisionspflichtig wurden. Ohne entsprechendes Opting-out müssten daher bei GmbHs die Jahresrechnungen der Jahre 2008 und folgende revidiert werden. Daraus schloss die Vorinstanz, dass bei einem Opting-out ab dem Geschäftsjahr 2009 oder später der Nachweis der Revision der vorangehenden Jahresrechnungen ab 2008 notwendig sei. Mit der Anmeldung sei in diesem Fall nebst den weiteren Unterlagen eine von einem zugelassenen Revisor geprüfte Bilanz (mit Vorjahreszahlen) und eine Jahresrechnung 2008 einzureichen. Andernfalls dürfe das BGE 139 III 449 S. 453 Handelsregisteramt davon ausgehen, dass kein gültiges Opting-out beschlossen wurde. Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdeführerin das von der Gesellschafterversammlung beschlossene Opting-out mit Eingabe vom 22. Januar 2011 beim Handelsregister angemeldet, wobei die Anmeldung zugleich den entsprechenden Zirkulationsbeschluss enthalten habe. Der Verzicht auf die Revisionsstelle könne aber frühestens für das Geschäftsjahr 2010 gelten, da die Gesellschaft die Fristen für den Beschluss eines Verzichts für die Geschäftsjahre 2008 und 2009 verpasst habe. Entsprechend sei die Beschwerdeführerin für die Geschäftsjahre 2008 und 2009 revisionspflichtig und müsse der Anmeldung auf einen Verzicht der Revisionsstelle eine von einem zugelassenen Revisor geprüfte Bilanz (mit Vorjahreszahlen) und Jahresrechnung 2009 beilegen. Da die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, einen entsprechenden Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisors für den Jahresabschluss 2009 beizulegen, habe das Handelsregisteramt die Eintragung des Opting-outs zu Recht verweigert.

E. 2.3.1

Die Voraussetzungen eines Opting-outs ergeben sich aus Art. 727 i.V.m. 727a Abs. 2 OR und werden in Art. 62 Abs. 1 lit. a-c HRegV wiederholt. Es handelt sich dabei um die folgenden drei Erfordernisse (PETER/CAVADINI/DUNANT, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2008, N. 7 zu Art. 727a OR ; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 15 N. 514 ff.; Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts [Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht] sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004 3969, 4014 Ziff. 2.1.1.2): (1) Nichterfüllen der Voraussetzungen für die Pflicht zur ordentlichen Revision (Art. 62 Abs. 1 lit. a HRegV ; Art. 727a Abs. 1 OR); (2) Nichtüberschreiten von zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 62 Abs. 1 lit. b HRegV ; Art. 727a Abs. 2 OR); (3) Verzicht sämtlicher Gesellschafter auf eine eingeschränkte Revision (Art. 62 Abs. 1 lit. c HRegV ; Art. 727a Abs. 2 OR); Aus der intertemporalrechtlichen Vorschrift von Art. 174 HRegV ergibt sich weiter, dass das Opting-out erst ins Handelsregister eingetragen werden darf, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats schriftlich bestätigt, dass die Revisionsstelle die Jahresrechnung für das BGE 139 III 449 S. 454 Geschäftsjahr, welches vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begonnen hat, geprüft hat. Diese Vorschrift

bezieht sich indessen nur auf Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften, also Gesellschaftsformen, die bereits unter altem Recht revisionspflichtig waren (FLORIAN ZIHLER, in: Handelsregisterverordnung [HRegV], Siffert/Turin [Hrsg.], 2013, N. 1 zu Art. 174 HRegV). Für Gesellschaften mit beschränkter Haftung gilt diese Regel nicht. Das Opting-out kann aufgehoben werden, falls ein Aktionär spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision verlangt (Art. 727a Abs. 4 Satz 2 OR ; BÖCKLI, a.a.O., § 15 N. 518).

E. 2.3.2

Zweck der "massgeblichen aktuellen Unterlagen" i.S. von Art. 62 Abs. 2 Satz 2 HRegV ist der Nachweis der Voraussetzungen eines gültigen Opting-outs (ZIHLER, a.a.O., N. 16 zu Art. 62 HRegV ; WATTER/MAIZAR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2012, N. 33 zu Art. 727a OR ; vgl. auch Urteil 4A_509/2012 vom 8. März 2013 E. 2.2). Bei der Vorschrift von Art. 62 Abs. 2 Satz 2 HRegV handelt es sich mithin um eine Konkretisierung des in Art. 15 Abs. 2 HRegV verankerten Belegprinzips, wonach die ins Handelsregister einzutragenden Tatsachen zu belegen und die dazu erforderlichen Belege dem Handelsregisteramt einzureichen sind (dazu ZIHLER, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 15 HRegV). Nach der Rechtsprechung soll mit der Jahresrechnung (bestehend aus Bilanz und Erfolgsrechnung) belegt werden, dass die Gesellschaft die erste Opting-out-Voraussetzung erfüllt, nämlich das Nichterfüllen der Voraussetzungen für die Pflicht zur ordentlichen Revision (Urteil 4A_509/2012 vom 8. März 2013 E. 2.2; vgl. auch WATTER/MAIZAR, a.a.O., N. 33 zu Art. 727a OR). Um dies zu belegen, genügt freilich eine Jahresrechnung, die den massgeblichen Normen des Rechnungslegungsrechts entspricht. Eines Prüfungsberichts einer Revisionsstelle bedarf es hierzu nicht, obliegt es doch dem Handelsregisteramt, summarisch zu prüfen, ob Struktur und Inhalt der eingereichten Bilanzen und Erfolgsrechnungen ausreichend sind, um die Höhe der Bilanzsumme und des Umsatzerlöses bestimmen zu können (ZIHLER, a.a.O., N. 17 zu Art. 62 HRegV). Auch für den Nachweis der weiteren beiden Opting-out - Voraussetzungen, also das Nichtüberschreiten von zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt und der Verzicht sämtlicher Gesellschafter auf eine eingeschränkte Revision, bedarf es keines Prüfungsberichtes. Dies BGE 139 III 449 S. 455 steht im Einklang mit der Praxismitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 2. Juli 2009 (S. 3), wonach als Beleg lediglich eine gemäss Art. 961 OR unterzeichnete , nicht aber revidierte Jahresrechnung eingereicht werden muss. Auch in der Lehre wird vertreten, dass die Jahresrechnungen, die als Belege beim Handelsregisteramt eingereicht werden, nicht revidiert sein müssen (ZIHLER, a.a.O., N. 20 zu Art. 62 HRegV ; implizit auch BÖCKLI, a.a.O., § 15 N. 676).

E. 2.3.3

Eine andere Lehrmeinung, auf welche die Vorinstanz abgestellt hat und die offenbar der Praxis einiger kantonaler Handelsregisterämter entspricht, verlangt hingegen, dass bei einem Opting-out ab einem späteren Jahr als 2008 auch der Nachweis der Revision der vorangegangenen Jahre zu erbringen sei, wobei die Revisionsstelle im Hinblick auf diese Berichterstattung nur zu wählen, nicht aber im Handelsregister einzutragen sei (MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl. 2012, N. 280a zu Art. 62 HRegV). Diese Lehrmeinung gründet auf der Überlegung, dass seit dem 1. Januar 2008 sämtliche Kapitalgesellschaften, also auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung, zumindest eingeschränkt revisionspflichtig sind (Art. 727 ff. i.V.m. 818 OR sowie

Art. 7 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005). Sie impliziert, dass die (bisherige) Erfüllung der Revisionspflicht bzw. das Vorliegen einer revidierten Jahresrechnung eine weitere, ungeschriebene Voraussetzung eines wirksamen Opting-outs bildet. Davon geht auch die Vorinstanz aus, wenn sie dafürhält, dass ohne "von einem zugelassenen Revisor geprüfte Bilanz (mit Vorjahreszahlen) und Jahresrechnung 2008 (...) kein gültiges Opting-out beschlossen" worden sei. Diese (isolierte) Lehrmeinung verkennt freilich, dass sich die Voraussetzung der Erfüllung der Revisionspflicht bzw. des Vorliegens einer geprüften Jahresrechnung weder aus Art. 727 i.V.m. 727a Abs. 2 OR noch aus Art. 62 Abs. 1 lit. a-c HRegV ergibt. Aus diesen Normen lassen sich lediglich die drei oben in E. 2.3.1 genannten Voraussetzungen ableiten. Eine zusätzliche Voraussetzung einer geprüften Jahresrechnung ergibt sich weder aus den Materialien, noch wird dies in der Literatur zu Art. 727 f. OR vertreten (statt aller BÖCKLI, a.a.O., § 15 N. 514 ff., 676). Ebenso wenig lässt sich aus den von der Vorinstanz zitierten Praxismitteilungen des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 28. November 2008 (S. 2), bzw. vom 2. Juli BGE 139 III 449 S. 456 2009 (Ziff. 2.1) eine entsprechende Voraussetzung ableiten, äussern sich diese doch lediglich zur Gültigkeit der Genehmigung einer Jahresrechnung nach Art. 731 Abs. 3 OR. Hat eine Gesellschaft keine Revisionsstelle bestellt und damit ihre (bisherige) Revisionspflicht nicht erfüllt, so hätte dies im Rahmen eines Organisationsmängelverfahrens von einer nach Art. 731b OR aktivlegitimierten Partei (Handelsregisteramt, Gesellschafter, Gläubiger) geltend gemacht werden müssen, steht aber einem wirksamen Opting-out nicht entgegen.

E. 2.3.4

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisors für die als Beleg einzureichende Jahresrechnung nicht zu den "massgeblichen aktuellen Unterlagen" i.S. von Art. 62 Abs. 2 Satz 2 HRegV gehört. Denn die (bisherige) Erfüllung der Revisionspflicht bzw. das Vorliegen einer revidierten Jahresrechnung bildet weder eine weitere, ungeschriebene Voraussetzung eines wirksamen Opting-outs, noch bedarf es eines Prüfungsberichts zum Nachweis der drei aus Art. 727 i.V.m. 727a Abs. 2 OR sowie Art. 62 Abs. 1 lit. a-c HRegV folgenden Opting-out-Voraussetzungen. Die Vorinstanz ist in Verletzung von Art. 727 f. OR i.V.m. Art. 62 HRegV somit zu Unrecht zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdeführerin dem Handelsregisteramt zur Eintragung des Opting-outs den Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisors für den Jahresabschluss 2009 nachreichen muss.

E. 2.4

Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt begründet und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, soweit das Begehren um Eintragung des Opting-outs abgewiesen wurde. Den für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) lässt sich indessen nicht entnehmen, welche Belege die Beschwerdeführerin ihrer Anmeldung des Opting-outs beigelegt hat bzw. welchen Inhalt diese haben. Damit kann das Bundesgericht auch nicht reformatorisch beurteilen, ob die für den Nachweis der Opting-out-Voraussetzungen notwendigen Belege vorliegen. Die Sache ist daher in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 BGG an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese hat festzustellen, ob die notwendigen Belege vorliegen (wobei der zu Unrecht verlangte Prüfungsbericht nicht dazu gehört), und neu zu entscheiden, ob das Opting-out im Handelsregister einzutragen ist.

E. 3

Die Erklärung kann bereits bei der Gründung abgegeben werden.

E. 4

Das Handelsregisteramt kann eine Erneuerung der Erklärung verlangen.

E. 5

Soweit erforderlich, passt der Verwaltungsrat die Statuten an und meldet dem Handelsregisteramt die Löschung oder die Eintragung der Revisionsstelle an. Vorliegend ist umstritten, ob zu den "massgeblichen aktuellen Unterlagen" i.S. von Art. 62 Abs. 2 Satz 1 HRegV auch der Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisors für die als Beleg einzureichende Jahresrechnung gehört.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.