

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1556

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2 Gesellschaftsrecht – allgemein/Droit des sociétés – en général

3.2.4 Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_589/2017: Opting-out-Erklärung und Organisationsmangel

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_589/2017 vom 9. Februar 2018, *Handelsregisteramt des Kantons Zürich gegen A. GmbH in Liquidation*, Organisationsmangel.



CHRISTOPH BURCKHARDT*



PATRICK SCHMIDT**

Zu den gesetzlich vorgeschriebenen Organen einer Aktiengesellschaft gehört auch die Revisionsstelle, sofern die Gesellschaft nicht berechtigt ist, auf die eingeschränkte Revision zu verzichten (Opting-out), und dies tatsächlich getan hat. Liegt eine solche Opting-out-Erklärung vor, ist das Fehlen der Revisionsstelle grundsätzlich kein Mangel in der Organisation der Gesellschaft.

Nach Art. 62 Abs. 4 HRegV kann der Handelsregisterführer die Erneuerung der Opting-out-Erklärung verlangen. Umstritten war, ob dies voraussetzungslos möglich sei. Das Bundesgericht stellt mit dem im vorliegenden Beitrag diskutierten Entscheid fest, dass nur dann eine neue Opting-out-Erklärung verlangt werden dürfe, wenn veränderte Umstände vorlägen, die darauf schliessen lassen, dass die Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision nicht mehr gegeben sein könnten. Dieser Entscheid ist namentlich vor dem Hintergrund der beschränkten Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers zu begrüssen.

* CHRISTOPH BURCKHARDT, MLaw, Advokat, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Zürich.

** PATRICK SCHMIDT, MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich.

I. Einleitung

Fehlt einer Gesellschaft ein vorgeschriebenes Organ oder ist es nicht rechtmässig zusammengesetzt, liegt ein Mangel in der Organisation dieser Gesellschaft vor. An der Behebung des Organisationsmangels und der Herstellung des rechtmässigen Zustands besteht ein öffentliches und privates Interesse. Art. 731b Abs. 1 OR stellt sicher, dass diese Interessen nötigenfalls klageweise – mit der Organisationsmängelklage – durchgesetzt werden können.

Die Revisionsstelle gehört nur dann zu den gesetzlich vorgeschriebenen Organen und ihr Fehlen ist nur dann ein Organisationsmangel, wenn die Gesellschaft nicht gültig auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat. Liegt hingegen eine Verzichtserklärung, eine sog. Opting-out-Erklärung,¹ vor, kann ihr Fehlen allein noch keinen Organisationsmangel darstellen. Ein neueres Bundesgerichtsurteil vom 9. Februar 2018 (4A_589/2017) wirft nun aber die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der Handelsregisterführer eine *neue* Opting-out-Erklärung von der Gesellschaft verlangen darf.

Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage nach und erläutert ihren Zusammenhang zum Organisationsmangelverfahren. Dafür werden zunächst der besagte Entscheid des Bundesgerichts sowie der zugrunde liegende Sachverhalt und Prozessgang dargestellt (II. und III.). Daran schliesst eine Auseinandersetzung mit dem Fehlen der Revisionsstelle als Organisationsmangel im Allgemeinen und der fehlenden Erneuerung der Opting-out-Erklärung als Organisationsmangel im Besonderen an (IV.).

II. Sachverhalt und Prozessgang

Die A. GmbH mit Sitz in U. (Kanton Zürich) wurde wegen verschiedener Steuerausstände mehrere Male erfolglos betrieben. Für den ausgefallenen Betrag stellte das zuständige Betreibungsamt Seuzach jeweils einen Verlustschein aus. Da die Gesellschaft keine Aktiven mehr hatte und offenbar auch keine Geschäftstätigkeit mehr aufwies, regte das Betreibungsamt beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich ein Vorgehen nach Art. 155 HRegV (Vorgehen bei Rechtsseinheiten ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven) an. Dies nahm das Handelsregisteramt zum Anlass, ein Verfahren nach Art. 154 HRegV (Vorgehen bei Mängeln in der ge-

¹ In Übereinstimmung mit der Terminologie im kommentierten Entscheid des Bundesgerichts wird vorliegend der Begriff «Opting-out-Erklärung» verwendet (so auch FLORIAN ZIHLER, in: Rino Siffert/Nicholas Turin [Hrsg.], *Handelsregisterverordnung (HRegV)*, Stämpfli Handkommentar, Bern 2013 [zit. SHK HRegV-ZIHLER], Art. 62 N 13; vgl. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. A., Zürich 2009, § 15 N 674, der von einer «KMU-Erklärung» spricht).

setzlich zwingenden Organisation) einzuleiten.² In diesem Zusammenhang gelangte es am 20. September 2017 an das Handelsgericht Zürich. Das Handelsregisteramt ging davon aus, dass die A. GmbH zwar anlässlich ihrer Gründung vom 31. Juli 2013 gültig auf die eingeschränkte Revision verzichtet hatte (Opting-out), nach Art. 62 Abs. 4 HRegV jedoch eine Erneuerung dieser Opting-out-Erklärung verlangt werden könne. Und da die A. GmbH auf die Aufforderung des Handelsregisteramts, ihre Opting-out-Erklärung zu erneuern, nicht reagierte und sie auch keine aktuelle und geprüfte Jahresrechnung einreichte, habe der A. GmbH ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ (die Revisionsstelle) gefehlt. Somit habe ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 154 HRegV vorgelegen.³

Mit Verfügung vom 10. Oktober 2017⁴ trat der Einzelrichter des Handelsgerichts Zürich auf das Begehren nicht ein. Er verneinte ein schutzwürdiges Interesse an der Einleitung des Organisationsmängelverfahrens in der Erwägung, das Verfahren könne wegen Fehlen der Revisionsstelle nicht eingeleitet werden, wenn gültig auf die eingeschränkte Revision verzichtet worden sei (was die A. GmbH getan hat) und später *kein begründeter Anlass* bestanden habe, von der Gesellschaft die Erneuerung der Verzichtserklärung im Sinne von Art. 62 Abs. 4 HRegV zu verlangen (was im Falle der A. GmbH nicht der Fall war). Begründet sei der Anlass dann, wenn eine der Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision entfallen ist. Für sich allein gesehen kein begründeter Anlass für die Erneuerung der Opting-out-Erklärung stellten die mutmassliche Insolvenz und die fehlende Geschäftstätigkeit bzw. die fehlenden Aktiven der A. GmbH dar. Und da im vorliegenden Fall keine der Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision entfallen sei, könne das vom Betreibungsamt angeregte Verfahren von Art. 155 HRegV nicht dadurch umgangen werden, dass mangels erneuerter Opting-out-Erklärung ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 154 HRegV angenommen werde.⁵ Gegen diese Verfügung erhob das Handelsregisteramt Beschwerde beim Bundesgericht.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

Ausgangspunkt der bundesgerichtlichen Erwägungen ist die Feststellung, dass die Revisionsstelle nur dann zu den gesetzlich zwingenden Organen gehöre und ihr Fehlen daher ein Organisationsmangel sei, wenn kein gülti-

ger Verzicht auf die eingeschränkte Revision vorliege. Im vorliegenden Fall habe die A. GmbH schon im Rahmen ihrer Gründung gültig auf die eingeschränkte Revision verzichtet. Der Handelsregisterführer könne aber gestützt auf Art. 62 Abs. 4 HRegV eine Erneuerung der Opting-out-Erklärung verlangen. Verzichtet die Gesellschaft darauf, ihre Opting-out-Erklärung zu erneuern, lebe die Pflicht, eine Revisionsstelle zu bestellen, wieder auf. Erfüllt eine Gesellschaft diese Pflicht nicht, läge ein Organisationsmangel vor. Vor diesem Hintergrund frage sich, ob die A. GmbH im gegenwärtigen Zeitpunkt noch immer gültig auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat.

Das Bundesgericht erwägt, dass Art. 62 Abs. 4 HRegV zwar keine Voraussetzungen enthalte, unter denen die Erneuerung der Opting-out-Erklärung verlangt werden darf. Eine Befugnis des Handelsregisterführers, im Gründungsstadium der Gesellschaft mangelhafte Eintragungen vorzunehmen, könne aus Art. 62 Abs. 4 HRegV aber auch nicht abgeleitet werden. Da Handelsregistereinträge die eintragungspflichtigen Tatsachen und Rechtslagen stets zutreffend wiedergeben sollten, dürfe das Opting-out im Rahmen der Gründung nicht (vorbehaltlos) eingetragen werden, wenn erforderliche Belege fehlten oder die Erklärung der verantwortlichen Organe nicht glaubwürdig erschienen.⁶ Es sei davon auszugehen, dass Einträge über das Opting-out auch dann zuträfen, wenn sie bereits im Gründungsstadium erfolgten. So ergebe sich weder aus Art. 941 OR noch aus Art. 152 HRegV, dass der Handelsregisterführer ohne jeden Anlass die Beteiligten zur Erfüllung von Anmeldepflichten anhalten und nötigenfalls die vorgeschriebenen Eintragungen von Amtes wegen vornehmen kann. Im Gegenteil werde aus Art. 941 OR abgeleitet, dass der Handelsregisterführer zuerst Ermittlungen anstellen müsse, bevor er die Beteiligten zur Erfüllung der Anmeldepflicht anhält. Die gesetzliche Vermutung von Art. 727a Abs. 4 OR schliesse aus, den erneuten Nachweis für die Voraussetzungen des Opting-out ohne Anhaltspunkte für eine Änderung der Verhältnisse in Bezug auf diese Voraussetzungen zu verlangen.⁷

Insofern sei es dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich nicht voraussetzungslos möglich gewesen, von der A. GmbH eine neue Opting-out-Erklärung zu verlangen. Grundsätzlich sei eine *Veränderung der Verhältnisse* notwendig. Der Grund, den das Handelsregisteramt für die erneute Einholung der Erklärung des Verzichts auf die eingeschränkte Revision anführt, betreffe die Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision nicht. Auch eine desolote finanzielle Situation führe nach der ge-

² Zum Gesagten siehe BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.4.

³ Zum Gesagten siehe BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, Sachverhalt A.c.

⁴ HGer ZH, HE170357, 10.10.2017, in: ZR 2018, 91 ff.

⁵ HGer ZH, HE170357, 10.10.2017, E. 8.6, in: ZR 2018, 91 ff., 94.

⁶ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.1.

⁷ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.4.

setzlichen Regelung nicht dazu, dass die Gesellschaft zur ordentlichen (oder eingeschränkten) Revision verpflichtet wird; die Solvenz der Gesellschaft sei nach der gesetzlichen Regelung auch keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Beschlusses zum Opting-out. Derartige Umstände würden dazu führen, dass Gläubiger die Gesellschaft in den Konkurs treiben könnten. Sie würden aber keine Pflicht der Gesellschaft zur Wahl einer Revisionsstelle begründen.⁸

Das Bundesgericht wies die Beschwerde des Handelsregisteramts des Kantons Zürich ab.

IV. Der Organisationsmangel im vorliegenden Kontext

Um den Zusammenhang, in dem die einleitend erwähnte Frage aufgeworfen wurde, verständlich zu machen, soll im Folgenden in der gebotenen Kürze zuerst auf die unterschiedlichen Tatbestände des Organisationsmangels eingegangen und sollen die Grundzüge des Organisationsmängelverfahrens dargestellt werden (IV.A.). Daran schliessen Erläuterungen zum Organisationsmangel der fehlenden Revisionsstelle an; dabei interessiert vor allem die Frage, ob ein Organisationsmangel selbst dann vorliegen kann, wenn die Gesellschaft einmal auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat (IV.B.).

A. Grundsätzliches zur Organisationsmängelklage

Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 731b Abs. 1 Satz 1 OR).⁹ Diese Bestimmung gilt auch für die GmbH (Art. 819 OR). Nach der gesetzlichen Konzeption besteht also der Organisationsmangel entweder im Fehlen eines der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organe oder in der nicht rechtsgenügenden Zusammensetzung dieser vorgeschriebenen Organe.¹⁰ Beiden Kategorien ist gemeinsam, dass sie

die Funktions- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherstellen wollen.¹¹

Der typische Organisationsmangel liegt vor, wenn der Gesellschaft ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ fehlt, z.B. wenn der zwingend vorgeschriebene Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft (Art. 707 ff. OR) nicht bestellt worden ist.¹² Das liegt auf der Hand, denn eine Aktiengesellschaft ist ohne ihren Verwaltungsrat handlungs- und prozessunfähig.¹³ Ebenso leidet die Gesellschaft an einem Organisationsmangel, wenn keine Revisionsstelle bestellt wurde und die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat.¹⁴ Die Generalversammlung muss hingegen nicht bestellt, sondern lediglich einberufen werden.¹⁵ Fehler in der Einberufung der Generalversammlung führen zur Anfechtbarkeit oder zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse, nicht jedoch zu einem Mangel in der Organisation der Gesellschaft.¹⁶

Ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ ist nicht rechtmässig zusammengesetzt, wenn ein gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Mitglied des Organs fehlt (z.B. der Präsident des Verwaltungsrats)¹⁷ oder wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Eigenschaft beim Organ nicht gegeben ist (z.B. fehlende Unabhängigkeit oder Zulassung der Revisionsstelle)^{18, 19}

⁸ Zum Ganzen siehe BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.4 und 2.4.3. Das Bundesgericht entspricht damit den vorinstanzlichen Erwägungen (siehe HGer ZH, HE170357, 10.10.2017, E. 8.6, in: ZR 2018, 91 ff., 94).

⁹ Siehe auch die analoge Regelung im Handelsregisterrecht (Art. 941a Abs. 1 OR). Das Verfahren für die Behebung von Organisationsmängeln der Aktiengesellschaft wurde im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts eingeführt. Es ersetzt die Auflösungsklage nach Art. 625 aOR. Siehe hierzu Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002 3148 ff. (zit. Botschaft GmbH-Recht), 3231 ff.

¹⁰ Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3231.

¹¹ MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich, Zürich 2013, 63; LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, 1 ff., 1; vgl. FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1380; DANIEL S. WEBER, Mängel in der Organisation von Gesellschaften – Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Diego Haunreiter et al. (Hrsg.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, 345 ff., 350.

¹² Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3232; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 491; siehe z.B. HGer ZH, HE110396, 14.10.2011, E. 1, in dem gar von einem «schwerwiegenden» Mangel die Rede ist.

¹³ HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. A., Bern 1993, Art. 54/55 ZGB N 9 f.

¹⁴ Siehe dazu ausführlich unten IV.B.

¹⁵ Siehe LORANDI (FN 11), 1380.

¹⁶ Vgl. BGE 115 II 468 E. 3b; 103 II 141 E. b; BÖCKLI (FN 1), § 12 N 109 ff.

¹⁷ BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 7.

¹⁸ Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3232; Begleitbericht zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung (HRegV), Vernehmlassungsentwurf vom 28. März 2007 (zit. Begleitbericht HRegV), 9; BÖCKLI (FN 1), § 15 N 139; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 124 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 14 N 25; siehe zudem auch BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 9; WEBER (FN 11), 353.

¹⁹ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 6, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

Ein Organisationsmangel kann – entgegen der beschriebenen gesetzlichen Konzeption – auch dann vorliegen, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Organe durch die Gesellschaft zwar rechtmässig bestellt und rechtmässig zusammengesetzt sind, ihnen aber aus anderen Gründen die Funktions- oder Handlungsfähigkeit fehlt; sei dies, weil beispielsweise eine Pattsituation im Verwaltungsrat oder im Aktionariat die Bestellung eines gesetzlich vorgeschriebenen Organs verhindert,²⁰ oder sei dies, weil beispielsweise eine Pattsituation in einem gesetzlich vorgeschriebenen Organ die Erfüllung von dessen Aufgaben dauerhaft verunmöglicht (typischerweise geht es hier um den Verwaltungsrat oder die Generalversammlung).²¹

Beklagte im Organisationsmängelverfahren ist die Gesellschaft, der ein Organisationsmangel anhaftet; es handelt sich also um einen Fall der kontradiktorischen Gerichtsbarkeit.²² Anwendbar ist das summarische Verfahren.²³ Die Organisationsmängelklage untersteht der Offizialmaxime und verleiht dem Richter einen Ermessensspielraum, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls angemessene und verhältnismässige Massnahme treffen zu können.²⁴ Dementsprechend handelt es sich bei den in Ziff. 1–3

von Art. 731b Abs. 1 OR aufgezählten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels um einen nicht abschliessenden Katalog.²⁵

Der praktisch weitaus häufigste Fall ist, dass das Verfahren auf Beseitigung des Organisationsmangels durch ein Gesuch des Handelsregisterführers eingeleitet wird.²⁶ Er kann nämlich aufgrund von Art. 941a Abs. 1 OR unter Umständen verpflichtet sein, dem Gericht einen Antrag auf Beseitigung der Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft zu stellen.²⁷ Ausserdem fallen dem Handelsregisterführer Unregelmässigkeiten aufgrund seiner Verantwortung zur Registerführung eher auf als den Aktionären. Der Klage des Handelsregisterführers geht eine Aufforderung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Art. 154 HRegV voraus: Wenn der Handelsregisterführer einen Mangel in der Organisation einer Gesellschaft feststellt, hat er das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan der Gesellschaft aufzufordern, innert 30 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die entsprechende Eintragung beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 154 Abs. 1 HRegV). Wird der rechtmässige Zustand innert Frist nicht wiederhergestellt, so erhebt der Handelsregisterführer beim zuständigen Gericht Klage auf Beseitigung des Organisationsmangels (Art. 154 Abs. 3 HRegV).²⁸

Von der Organisationsmängelklage abzugrenzen sind Fälle, bei denen eine Gesellschaft ein gelöschttes Rechtsdomizil (Art. 153 HRegV) oder keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven (Art. 155 HRegV) mehr hat. Sie sind zwar ebenfalls Mängel, die mit der Organisation der Gesellschaft zusammenhängen.²⁹ Im Unterschied zum Organisationsmangel im Sinne von Art. 154 HRegV und Art. 731b Abs. 1 OR muss der Handelsregisterführer bei solchen Mängeln aber nicht das eben beschriebene Organisationsmängelverfahren einleiten, sondern direkt nach Art. 153 ff. HRegV bzw. Art. 155 HRegV vorgehen.³⁰ Im letzteren Fall muss die Gesellschaft aufgefordert werden, ihre Löschung anzumelden oder die Aufrechterhaltung

²⁰ BGE 142 III 629 E. 2.3.2; 140 III 349 E. 2.1; 138 III 294 E. 3.1.5; BGer, 4A_605/2014, 5.2.2015, E. 2.1.5.

²¹ BGer, 4A_717/2014, 29.6.2015, E. 2.2; BGer, 4A_522/2011, 13.1.2011, E. 2.1; OGer ZH, LF110043, 10.8.2011, E. 2.6.4; Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3232; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 491; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 99; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 19), Art. 731b N 6; WEBER (FN 11), 357 f.; a.M. BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 9; VON DER CRONE (FN 18), § 14 N 27; siehe zudem HANS CASPAR VON DER CRONE/MATTHIAS TRAUTMANN, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 469.

²² Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.2.1; 138 III 166 E. 3.9; BGer, 4A_321/2008, 5.8.2010, E. 2; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 368; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 9; a.M., nach der es sich bei der Organisationsmängelklage um einen Fall der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, KGer FR, 101 2011 101, 24.8.2011, zusammengefasst in RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, Bern 2012, 102 f.; BezGer Saane, 10 2011/844, 23.5.2011, zusammengefasst in SIFFERT/ZIHLER (FN 22), 99 f.; MARTIN KAUFMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 250 N 3; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, 367.

²³ BGE 141 III 43 E. 2.2.1; 138 III 166 E. 3.9; BGer, 4A_321/2008, 5.8.2010, E. 2. Im Kanton Zürich ist der Einzelrichter des Handelsgerichts zuständig (§ 44 lit. b GOG/ZH i.V.m. § 45 lit. c GOG/ZH i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO).

²⁴ BGE 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 407 E. 2.4; 138 III 294 E. 3.1.3 f.; 136 III 369 E. 11.4.1; siehe auch Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3232. Auch wenn das Verfahren der Offizialmaxime untersteht, trifft das Gericht nicht von sich aus Massnahmen. Erforderlich ist, dass ein entsprechendes Gesuch einer aktivlegitimierten Person, z.B. des Handelsregisterführers, vorliegt (ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug

des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 N 8).

²⁵ BGE 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 294 E. 3.1.4; 136 III 369 E. 11.4.1.

²⁶ BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 2.

²⁷ HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, 61 ff., 62; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 13.

²⁸ Siehe zum Verfahren gemäss Art. 154 HRegV ausführlich BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 11 ff.; vgl. auch CLEMENS MEISTER-HANS, Auswirkungen der Revisionen des Gesellschaftsrechts auf das Handelsregister, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, 189 ff., 201.

²⁹ Siehe SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 163 ff.; WEBER (FN 11), 361 ff.

³⁰ HGer ZH, HE170357, 10.10.2017, E. 8.2, in: ZR 2018, 91 ff., 93.

der Eintragung zu erklären. Bleibt die Rückmeldung aus, hat vor der Löschung durch den Handelsregisterführer ein dreifacher Rechnungsruf zu erfolgen. Dieses Verfahren zur Löschung von Amtes wegen unterscheidet sich von einer gesellschaftsrechtlichen Auflösung aufgrund unterbliebener Mängelbehebung (Art. 154 HRegV i.V.m. Art. 731b Abs. 1 OR) in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist nicht das Konkursamt und das Gericht, sondern der Handelsregisterführer zuständig, zum anderen erfolgt die Löschung nicht nach den Regeln des Konkurses. Das Verfahren bei den Gesellschaften ohne Aktiven und ohne Geschäftstätigkeit ist somit schlanker und kostengünstiger.³¹

Weist eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven auf und liegt bei ihr ein Organisationsmangel im eigentlichen Sinn vor, stehen die Bestimmungen in Konkurrenz zueinander. In diesem Fall hat der Handelsregisterführer nur nach Art. 938a OR i.V.m. Art. 155 HRegV vorzugehen. Denn wenn eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit und keine Aktiven mehr hat und gleichzeitig ein Organisationsmangel nach Art. 731b Abs. 1 OR vorliegt, müsste ein allfälliges Konkursverfahren mangels Aktiven ohnehin wieder eingestellt werden. Eine Liquidation nach den Bestimmungen über den Konkurs erweist sich unter diesen Umständen als sinnlos.³²

Im vorliegenden Fall war dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich aufgrund einer Information des Betreibungsamts Seuzach bekannt, dass die Gesellschaft nicht mehr geschäftstätig war und keine Aktiven mehr hatte. Gleichwohl entschied sich das Handelsregisteramt, eine Erneuerung der Opting-out-Erklärung einzuholen und auf diesem Weg ein Organisationsmängelverfahren einzuleiten. Selbst wenn ein Organisationsmangel vorgelegen hätte (*quod non*)³³, hätte das Handelsregisteramt das Verfahren für Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Akti-

ven gemäss Art. 155 HRegV einleiten müssen; so wie dies vom Betreibungsamt offenbar auch vorgeschlagen wurde. Insofern war das eingangs beschriebene Vorgehen des Handelsregisteramts auch unter diesem Aspekt unzulässig.

B. Fehlende Revisionsstelle als Organisationsmangel im Besonderen

Im vorstehenden Abschnitt wurde ausgeführt, worin der Tatbestand des Organisationsmangels besteht. Es wurde darin auch bereits im Grundsatz gesagt, dass das Fehlen der Revisionsstelle ein Organisationsmangel sein kann. Mit Blick auf den vorliegenden Entscheid soll darauf nun näher eingegangen werden. Dazu werden zuerst die gesetzliche Revisionspflicht und ihr Einfluss auf die Frage diskutiert, wann ein Organisationsmangel überhaupt infrage kommt (1.). Daran schliessen Ausführungen zur Frage an, unter welchen Voraussetzungen sich aus einer fehlenden Erneuerung der Opting-out-Erklärung ein Organisationsmangel ergeben kann (2.).

Freilich sind noch andere Organisationsmängel im Zusammenhang mit der Revisionsstelle denkbar, nicht nur das Fehlen der Revisionsstelle allein (zum Beispiel wenn die gewählte Revisionsstelle über keine Zulassung verfügt oder sie nicht unabhängig ist)³⁴. Diese Organisationsmängel sollen in diesem Beitrag aber nicht weiter vertieft werden.³⁵

1. Zusammenhang zwischen Revisionspflicht und Organisationsmangel

Die Revisionspflicht für juristische Personen ist rechtsformneutral geregelt.³⁶ Von Gesetzes wegen zur Revision verpflichtet sind neben der Aktiengesellschaft auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Kommanditaktiengesellschaft, die Genossenschaft, Vereine ab dem Erreichen gewisser Schwellenwerte sowie (grundsätzlich) die Stiftung und die SICAV bzw. die SICAF.³⁷

³¹ Zur Löschung von Amtes wegen siehe HGer ZH, HE170357, 10.10.2017, E. 8.2, in: ZR 2018, 91 ff., 93; vgl. BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 12; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 176 f.

³² Siehe BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 12; MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich 2016 (zit. PraxKomm-GWELESSIANI), Art. 155 HRegV N 541; LORANDI (FN 11), 1392; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 176 f.; ADRIAN TAGMANN, Rechtskräftiger Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 20. Februar 2009, REPRAX 1/2009, 42 ff., 44; MARKUS VISCHER, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 2017, 362 ff., 364. Siehe zum vorliegend nicht erläuterten Verhältnis zwischen Art. 731b OR und Art. 153 ff. HRegV HGer ZH, HE110381, 27.9.2011, E. 1 f.; EHRA, Praxismitteilung 1/09, 12.3.2009, <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/praxismitteilung/de/praxismitteilung-1-09-D.pdf> (Abruf 23.11.2018), Ziff. 5; MARTIN BAUER, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2/3/2008, 89 ff., 98.

³³ Siehe unten IV.B.2.b.

³⁴ Siehe oben bei und in FN 18.

³⁵ Siehe für diese und weitere Mängel im Bereich der Revisionsstelle z.B. BAUER (FN 32), 90 f.

³⁶ Die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Revisionspflicht kommen bei anderen Gesellschaftsformen aufgrund dynamischer Verweisungen zur Anwendung. Siehe hierzu ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 16 N 719 und *passim*; VON DER CRONE (FN 18), § 6 N 8 Fn 1528. Zu den Arten von Verweisungen siehe HEINRICH KOLLER/HANSPETER KLÄY, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 193 ff., 196 Fn 11.

³⁷ Art. 818, Art. 727 ff., Art. 768, Art. 906 OR; Art. 69b, Art. 83b ZGB und Art. 126 ff. KAG. Stiftungen können von der Aufsichtsbehörde von der Revisionspflicht befreit werden.

Hinsichtlich des Umfangs ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen und der eingeschränkten Revision (Art. 727 und 727a OR). Letztere unterscheidet sich von der ordentlichen Revision namentlich hinsichtlich des Prüfgegenstands, -massstabs und -umfangs.³⁸ Die Frage, ob eine GmbH – um die es im vorliegenden Fall geht – ordentlich oder eingeschränkt revisionspflichtig ist, richtet sich in erster Linie nach ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung, gemessen an der Bilanzsumme, dem Umsatzerlös und der Anzahl Vollzeitstellen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Eine GmbH, die nicht der ordentlichen Revisionspflicht unterstellt ist, ist von Gesetzes wegen eingeschränkt revisionspflichtig (Art. 727a OR).³⁹

Die Revisionsstelle ist für eine revisionspflichtige GmbH ein *gesetzlich vorgeschriebenes Organ* im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR.⁴⁰ Fehlt sie oder ist sie im Handelsregister nicht (mehr) eingetragen, liegt ein Organisationsmangel vor.⁴¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Revisionsstelle einer Gesellschaft aufgrund einer Mandatsniederlegung oder einer Abwahl aus dem Handelsregister gelöscht wird, ohne dass eine neue angemeldet wurde.⁴²

Das Fehlen der Revisionsstelle kommt grundsätzlich nur dann als Organisationsmangel infrage, wenn die Gesellschaft nicht rechtsgültig auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat oder den gültig gefassten Opting-out-Beschluss nicht ins Handelsregister eintragen liess.⁴³ Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid nun aber die Frage beantworten müssen, unter welchen Voraussetzungen ein Organisationsmangel vorliegt, obwohl die Gesellschaft einmal auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat und zwischenzeitlich auch kein Gesellschafter die Durchführung der Revision verlangt hat. Auf diese Frage wird im folgenden Abschnitt eingegangen.

³⁸ Vgl. Art. 727b und 727c OR. Siehe dazu eingehender BÖCKLI (FN 1), § 15 N 460; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 36), § 16 N 722; VON DER CRONE (FN 18), § 6 N 10.

³⁹ Zum Ganzen siehe die Übersicht in MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 36), § 16 N 773.

⁴⁰ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.1; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 122.

⁴¹ HGer ZH, HE140180, 3.6.2014, E. 3, in: ZR 2015, 116 f., 116; BAUER (FN 32), 90; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 491; WOLFGANG MÜLLER/THOMAS NIETLSPACH/SILVIA MARGRAF, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft (Art. 530–771 OR) inkl. VegüV, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK OR-MÜLLER/NIETLSPACH/MARGRAF), Art. 731b N 10; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 122; vgl. Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3232.

⁴² BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 11), 9; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 122; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. A., Zürich 2011, N 742.

⁴³ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.1; BAUER (FN 32), 90; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 491; PraxKomm-GWELSIANI (FN 32), Art. 62 HRegV N 280 ff.; SCHÖNBÄCHLER (FN 11), 122; vgl. Botschaft GmbH-Recht (FN 9), 3232.

2. Organisationsmangel trotz Verzicht auf die eingeschränkte Revision?

a. Verzicht auf die eingeschränkte Revision

Eine GmbH, die die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht erfüllt und daher von Gesetzes wegen zur eingeschränkten Revision verpflichtet wäre, kann mit der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter auf die eingeschränkte Revision verzichten, wenn sie nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat (Art. 818 OR i.V.m. Art. 727a Abs. 1 und 2 OR und Art. 62 Abs. 1 lit. a–c HRegV). Art. 62 HRegV regelt die handelsregisterrechtlichen Voraussetzungen der Anmeldung des Opting-out.

Ein Opting-out ist zu unterschiedlichen Zeitpunkten möglich. Die Zustimmung aller Gesellschafter zum Verzicht auf die eingeschränkte Revision kann bereits bei der Gründung der GmbH erklärt werden (Art. 62 Abs. 3 HRegV). Bei einem späteren Verzicht müssen die Statuten angepasst und muss dem Handelsregisteramt Meldung erstattet werden (Art. 62 Abs. 5 HRegV). Die Anmeldung zur Eintragung des Verzichts muss eine besondere Erklärung mitsamt Beilagen umfassen (Art. 62 und 174 HRegV).⁴⁴

Aber auch wenn die GmbH auf eine eingeschränkte Revision verzichtet hat, sei es im Rahmen ihrer Gründung, sei es erst später, hat jeder Gesellschafter nachträglich das Recht, spätestens zehn Tage vor der Gesellschafterversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Gesellschafterversammlung muss in diesem Fall die Revisionsstelle wählen und kann nicht mehr darüber abstimmen, ob eine Revision durchgeführt werden soll (Art. 818 Abs. 1 i.V.m. Art. 727a Abs. 4 OR); ein solcher Beschluss wäre nichtig (im Sinne von Art. 808c i.V.m. Art. 706b OR). Wählt die Gesellschafterversammlung dennoch keine Revisionsstelle, liegt ein Organisationsmangel vor, dessen Behebung jeder Gesellschafter, jeder Gläubiger und der Handelsregisterführer mit einer Klage verlangen kann (Art. 819 i.V.m. Art. 731b OR).⁴⁵

b. Erneuerung der Opting-out-Erklärung

In zeitlicher Hinsicht entfaltet der Verzicht auf die eingeschränkte Revision – ungeachtet des Zeitpunkts der Opting-out-Erklärung – Wirkung per sofort. Der Verzicht wirkt nicht nur für das Geschäftsjahr, in dem der Verzichtsbe-

⁴⁴ Zum Ganzen siehe BÖCKLI (FN 1), § 15 N 674. Das Obligationenrecht und die Handelsregisterverordnung schreiben den Inhalt der Opting-out-Erklärung vor. In der Erklärung muss die Gesellschaft bestätigen, dass erstens die Voraussetzungen für die Pflicht zur ordentlichen Revision nicht erfüllt sind, zweitens die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat und drittens sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre auf die eingeschränkte Revision verzichtet haben (Art. 727a OR; Art. 62 Abs. 1 HRegV).

⁴⁵ Zum Gesagten siehe KGer FR, 1012017 366, 5.2.2018, E. 2.4.3.

schluss gefasst wurde, sondern auch für die nachfolgenden Jahre. Das Opting-out endet erst mit dem Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen oder mit der Aufhebung (Art. 727a Abs. 4 Satz 1 OR).⁴⁶ Solange der Verzicht auf die eingeschränkte Revision rechtsgültig besteht und im Handelsregister eingetragen ist, kommt das Fehlen der Revisionsstelle als Organisationsmangel nicht infrage.⁴⁷

Ändern sich die Umstände dergestalt, dass die Opting-out-Erklärung materiell nicht mehr richtig ist, ist die betreffende Gesellschaft verpflichtet, eine Revisionsstelle zu wählen und beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 937 OR und Art. 27 HRegV).⁴⁸ Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Gesellschaft den Schwellenwert von mehr als zehn Vollzeitstellen oder die Schwellenwerte für eine ordentliche Revision überschreitet.⁴⁹ Steht fest, dass die Voraussetzungen für ein Opting-out nicht mehr erfüllt sind, verzichtet die Gesellschaft aber gleichwohl auf die Wahl einer Revisionsstelle,⁵⁰ liegt ein Organisationsmangel vor und die Gesellschafter, die Gläubiger und der Handelsregisterführer können Klage auf Beseitigung des Organisationsmangels erheben.⁵¹

In diesem Zusammenhang steht auch der im vorliegenden Fall interessierende Art. 62 Abs. 4 HRegV.⁵² Zwar könnte aus dieser Bestimmung abgeleitet werden, dass eine Gesellschaft, die auf die eingeschränkte Revision bereits rechtsgültig verzichtet hat und den Verzicht im Handelsregister eintragen liess, jederzeit und voraussetzungslos dazu angehalten werden könnte, ihre Opting-out-Erklärung gegenüber dem Handelsregisterführer zu erneuern. Bevor das vorliegende Urteil des Bundesgerichts ergangen ist, wurde denn auch im Schrifttum vertreten, dass der Han-

delsregisterführer ohne besondere Voraussetzung oder nähere Begründung eine Erneuerung der Erklärung verlangen könne.⁵³ Selbst der Bundesrat hatte bei der Revision der Handelsregisterverordnung im Jahre 2007 dieses Verständnis von Art. 62 Abs. 4 HRegV.⁵⁴ Und auch im Rahmen der Vernehmlassung zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung war Art. 62 Abs. 4 HRegV Gegenstand entsprechender Diskussionen.⁵⁵

Seit dem vorliegenden Entscheid des Bundesgerichts ist nun jedoch höchstrichterlich geklärt, dass eine neue Opting-out-Erklärung nicht jederzeit und voraussetzungslos verlangt werden kann; es müssen vielmehr *veränderte Verhältnisse* vorliegen.⁵⁶ Dies lässt sich nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut von Art. 62 Abs. 4 HRegV herleiten. Dem Entscheid des Bundesgerichts ist allerdings nach einer teleologischen Reduktion der erwähnten Bestimmung zuzustimmen; dies aus zweierlei Gründen:

Zum einen besteht für den Handelsregisterführer kein Anlass, an der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Revisionspflicht zu zweifeln und deshalb eine neue Opting-out-Erklärung einholen zu müssen, wenn der Verzicht auf die eingeschränkte Revision bereits im Handelsregister eingetragen ist und sich die Verhältnisse seit der Eintragung nicht verändert haben. Denn aus Art. 62 Abs. 4 HRegV ergibt sich nicht, dass der Handelsregisterführer mangelhafte Eintragungen vornehmen darf. Es ist also davon auszugehen, dass das Handelsregister die Rechtslage korrekt

⁴⁶ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.2; BÖCKLI (FN 1), § 15 N 533 ff.; BSK OR II-MAIZAR/WATTER (FN 19), Art. 727a N 35 ff.; CR CO II-PETER/GENEQUAND/CAVADINI, Art. 727a N 13, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire romand, 2. A., Basel 2017 (zit. CR CO II-Verfasser); vgl. RETO EBERLE/DANIEL LENGAUER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016 (zit. ZK-EBERLE/LENGAUER), Art. 727a OR N 30; PraxKomm-GWELESSIANI (FN 32), Art. 62 HRegV N 287. Siehe für die Voraussetzungen für das Opting-out oben IV.B.2.a.

⁴⁷ Siehe dazu bereits oben IV.A. und IV.B.1.

⁴⁸ PraxKomm-GWELESSIANI (FN 32), Art. 62 HRegV N 287.

⁴⁹ ZK-EBERLE/LENGAUER (FN 46), Art. 727a OR N 18.

⁵⁰ In erster Linie ist der Verwaltungsrat dafür verantwortlich, dass das Opting-out zeitgerecht beendet wird (BÖCKLI [FN 1], § 15 N 135 bei und in Fn 335).

⁵¹ Siehe oben IV.A. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn aus dem Geschäftsbericht hervorgeht, dass die Gesellschaft mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat. PraxKomm-GWELESSIANI (FN 32), Art. 62 HRegV N 287; CR CO II-PETER/GENEQUAND/CAVADINI (FN 46), Art. 727a N 16.

⁵² «Das Handelsregisteramt kann eine Erneuerung der Erklärung verlangen.»

⁵³ BÖCKLI (FN 1), § 15 N 153 und 680; HANSPETER KLÄY, Die Eintragung der Revisionsstelle im Handelsregister – Durchsetzung der Regelung der Revision und Offenlegung, ST 2008, 886 ff., 890 bei und in Fn 60; SAMUEL KRÄHENBÜHL/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrechtliche Praxis zum neuen Revisionsrecht, REPRAX 2/3/2008, 62 ff., 70 f.; PASCAL MÜLLER, in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016 (zit. OFK OR-MÜLLER), Art. 727a N 5; NICOLAS ROUILLER et al., La société anonyme suisse, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N 523; SHK HRegV-ZIHLER (FN 1), Art. 62 N 25; anders jedoch PraxKomm-GWELESSIANI (FN 32), Art. 62 HRegV N 287.

⁵⁴ Begleitbericht HRegV (FN 18), 9, wobei es damals noch um Art. 86 Abs. 4 VE HRegV ging.

⁵⁵ Es wurden hinsichtlich der Bestimmtheit von Art. 62 Abs. 4 HRegV (damals noch Art. 86 Abs. 4 VE-HRegV) Bedenken geäussert. So machten verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer geltend, es sei zu präzisieren, wann bzw. unter welchen Umständen eine Erneuerung der Erklärung zu verlangen ist (Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse betreffend den Vorentwurf zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung vom 20. Juli 2007, 13; Vernehmlassung AG, 7; Vernehmlassung BS, 7; Vernehmlassung Kreisgrundbuchamt X Thun, 9). Der Verband Schweizerischer Kantonalbanken stellte die Frage, ob die Gesellschaften angesichts der sich ändernden Faktenlage nicht verpflichtet werden sollten, die Erklärung periodisch zu erneuern (Vernehmlassung VSKB, 2). Alle Dokumente sind abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/handelsregisterverordnung.html> (Abruf 23.11.2018).

⁵⁶ Siehe oben III.

wiedergibt und die einmal eingereichte rechtsgültige Opting-out-Erklärung die Rechtslage nach wie vor zutreffend beschreibt.⁵⁷

Zum anderen hat der Handelsregisterführer die Einhaltung der Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision auch nicht periodisch zu überprüfen, denn er muss freilich auch den allgemeinen Geschäftsgang der Gesellschaft nicht überwachen.⁵⁸ Erst wenn der Handelsregisterführer aus irgendwelchen Gründen Kenntnis davon erhält, dass die Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision nicht mehr erfüllt sein könnten, sich also die für den Handelsregisterführer massgebende Sachlage, die der Opting-out-Erklärung zugrunde liegt, geändert hat, muss der Handelsregisterführer an der Rechtmässigkeit des Opting-out Zweifel hegen. Sind die Voraussetzungen für das Opting-out tatsächlich nicht erfüllt, hat er die Bestellung der Revisionsstelle zu verlangen.⁵⁹

Diese Auffassung deckt sich mit der Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers. Dieser hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Eintragung erfüllt sind (Art. 940 Abs. 1 OR). Ohne gegenteilige Anhaltspunkte darf er von der inhaltlichen Richtigkeit der ihm eingereichten Erklärungen und Belege ausgehen. Nur bei objektiv begründeten Zweifeln hat er eine beschränkte Pflicht zur Nachprüfung der Belege.⁶⁰ Die Beschränkung der Pflicht und des Rechts des Handelsregisterführers, dem Wahrheitsgebot zum Durchbruch zu verhelfen, wird aus der beschränkten Kognitionsbefugnis im Rahmen des Eintragsverfahrens abgeleitet.⁶¹ Es bedarf folglich auch zur Einholung einer Erneuerung der Opting-out-Erklärung begründeter Zweifel an deren Richtigkeit.

Das Argument des Handelsregisteramts des Kantons Zürich im vorliegenden Entscheid, eine Erneuerung der Opting-out-Erklärung könne jederzeit und voraussetzungslos verlangt werden, weil der Handelsregisterführer bei Feststellung der Verletzung einer Eintragungspflicht die

Eintragung von Amtes wegen vornehmen könne (Art. 152 HRegV), hat das Bundesgericht indessen verworfen. Denn daraus ergebe sich nicht, «dass das Handelsregisteramt ohne jeden Anlass die Beteiligten zur Erfüllung von Anmeldepflichten anhalten und nötigenfalls die vorgeschriebenen Eintragungen von Amtes wegen vornehmen kann. Im Gegenteil wird aus [dem mit Art. 152 HRegV zusammenhängenden] Art. 941 OR abgeleitet, dass das Handelsregisteramt zuerst Ermittlungen anstellen muss, bevor es die Beteiligten zur Erfüllung der Anmeldepflicht anhält.»⁶² Insofern müssen dem Handelsregisteramt «Tatsachen bekannt werden (z.B. aus der Presse oder im Zusammenhang mit anderen Anmeldungen, aber auch Hinweise von Dritten), die darauf hindeuten, dass die Voraussetzungen für die Fortdauer des Verzichts auf die eingeschränkte Revision nicht erfüllt sein könnten.»⁶³

Aus dem Gesagten ergibt sich ausserdem, dass «veränderte Verhältnisse» im erwähnten Sinne nur vorliegen, wenn sich diejenigen Umstände verändert haben, die Voraussetzung für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision waren. Denn als wichtigste Bestimmung zur handelsregisterrechtlichen Umsetzung des Verzichts auf die eingeschränkte Revision gemäss Art. 727a OR tariert Art. 62 HRegV bloss die im formellen Gesetz beschriebenen Voraussetzungen aus.⁶⁴ Und insofern kann die Zulässigkeit des Opting-out nur dann beeinflusst werden, wenn eine in Art. 727a OR erwähnte Voraussetzung nicht mehr gegeben ist.

Damit der Handelsregisterführer eine neue Erklärung einholen darf, ist allerdings nicht erforderlich, dass die Voraussetzungen für ein Opting-out tatsächlich nicht (mehr) vorliegen. Denn es wäre widersinnig, wenn der Handelsregisterführer eine Opting-out-Erklärung von der Gesellschaft einholt oder einholen muss, obwohl er weiss, dass die Opting-out-Erklärung nicht beigebracht werden kann bzw. eine allfällig beigebrachte Opting-out-Erklärung offensichtlich rechtsungültig wäre. Der Handelsregisterführer muss bloss – aber immerhin – *berechtigte Zweifel* haben, dass die Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision nicht mehr gegeben sind. Ob sie tatsächlich nicht (mehr) vorliegen, spielt für die Befugnis des Handelsregisterführers, eine neue Opting-out-Erklärung verlangen zu können, keine Rolle.

Die Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision werden in Art. 727a Abs. 2 OR abschliessend geregelt. Die Veränderung der übrigen Verhältnisse, die nicht die Voraussetzungen für den Verzicht auf

⁵⁷ Vgl. BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.1.

⁵⁸ Vgl. BÖCKLI (FN 1), § 15 N 149 und 153.

⁵⁹ Bisher wurde in der Lehre offenbar überwiegend eine andere Meinung vertreten. Siehe oben FN 53.

⁶⁰ BGE 123 IV 132 E. 3b/aa; 120 IV 204 E. 3c; 114 II 68 E. 2; PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, REPRAX 2/1999, 1 ff., 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 36), § 6 N 57; CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich, Zürich 1996, 134, 140, vgl. auch 213 f.; GUILLAUME VIANIN, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Diss. Freiburg i.Ue. 2000, 157 f.; HANS-UELI VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters – Registerrecht, Vertrauenshaftung, Ökonomie der Information, Diss. Zürich, Zürich 2003, § 3 N 41; vgl. BGE 102 Ib 38 E. 2; 99 Ib 145 E. 3; BGer, 16.9.1944, in: SAG 1944/45, 78 f.

⁶¹ VOGT (FN 60), § 3 N 41.

⁶² BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.3.

⁶³ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.3.4.

⁶⁴ Vgl. SHK HRegV-ZIHLER (FN 1), Art. 62 N 1.

die eingeschränkte Revision betreffen, ist indes belanglos.⁶⁵ Das gilt namentlich, wenn die Gesellschaft in eine finanzielle Schieflage geraten ist.⁶⁶ Denn die Illiquidität einer Gesellschaft betrifft die Voraussetzungen des Opting-out nicht unmittelbar.⁶⁷ Sie hat nicht zur Folge, dass die Anzahl der Vollzeitstellen über zehn steigt, und sie beeinflusst auch den Beschluss für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision nicht. Sie ist auch kein Indikator dafür, dass die Schwellenwerte für die ordentliche Revision überschritten wären und bereits deshalb nicht mehr auf die Revision verzichtet werden könnte. Diese Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision müssten allerdings nach dem Gesagten betroffen sein. Die finanzielle Situation kann, wenn überhaupt, nur mittelbar, im Zusammenspiel mit anderen Umständen, für die Revisionspflicht einer Gesellschaft von Belang sein. Ein solcher bloss mittelbarer Zusammenhang genügt jedoch für die Befugnis des Handelsregisterführers, eine neue Opting-out-Erklärung verlangen zu können, nicht.

c. Fazit

Der Handelsregisterführer kann gestützt auf Art. 62 Abs. 4 HRegV nicht jederzeit und voraussetzungslos eine neue Opting-out-Erklärung verlangen. Er darf sie nur dann einfordern, wenn berechtigte Zweifel daran bestehen, dass die Voraussetzungen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision erfüllt sind. Dass die Voraussetzungen tatsächlich nicht erfüllt sein müssen, ist allerdings für die Befugnis des Handelsregisterführers, eine neue Opting-out-Erklärung verlangen zu können, nicht entscheidend.

V. Schluss

Dass der Entscheid des Bundesgerichts weitreichende Konsequenzen für Gesellschaften bringen könnte, die auf die eingeschränkte Revision verzichtet haben, mag bezweifelt werden. Denn aufrechtstehende Gesellschaften dürften

ohnehin nur selten im Fokus des Handelsregisterführers stehen. Noch seltener dürfen Umstände bekannt werden, aufgrund derer der Handelsregisterführer eine neue Opting-out-Erklärung für notwendig erachten würde. Der Entscheid des Bundesgerichts ist aber dennoch interessant, aus zweierlei Gründen:

Zum einen wird eine im Schrifttum seit der Totalrevision der Handelsregisterverordnung im Jahre 2007 umstrittene Frage entschieden. Das Bundesgericht beseitigt damit Rechtsunsicherheit und zeichnet eine klare Praxis für die Handelsregisterführer vor. Es hat sich gezeigt, dass bei Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven das vom Handelsregisterführer eingeleitete Organisationsmangelverfahren impraktikabel ist und sogar rechtlich unzulässig sein kann. Eine allfällige dem vorliegenden Entscheid entgegenstehende Praxis der Handelsregisterführer wäre für die Zukunft entsprechend anzupassen.

Zum anderen enthält der Entscheid des Bundesgerichts interessante Aussagen zum Inhalt von Art. 62 HRegV. Auch wenn der Verordnungstext etwas anderes suggerieren mag, ist die Schlussfolgerung, die Handelsregisterverordnung gebe dem Handelsregisterführer nicht die Befugnis, jederzeit und voraussetzungslos von den Gesellschaften, die auf eine eingeschränkte Revision verzichtet haben, eine neue Opting-out-Erklärung zu verlangen, richtig. Es müssen *die Revisionspflicht betreffende veränderte Umstände* vorliegen, damit der Handelsregisterführer eine neue Opting-out-Erklärung verlangen darf. Ebenso zutreffend ist allerdings auch die Erwägung, dass, wenn solche veränderten Umstände vorliegen und die Gesellschaft auf die Erneuerung der Opting-out-Erklärung verzichtet und keine Revisionsstelle bestellt, ein Organisationsmangel vorliegt, der auf Klage hin behoben werden muss.

⁶⁵ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.4.3; anderer Ansicht ist DANIEL NUSSBAUMER, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen – wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BLSchK 2016, 124 ff., 133, der argumentiert, dass der Handelsregisterführer die Erneuerung der Opting-out-Erklärung verlangen könne, wenn die Eintragung der Gesellschaft geändert wird, was namentlich bei einer Sitzverlegung, Umfirmierung und/oder Zweckänderung der Fall sei.

⁶⁶ Siehe zu diesem Argument auch oben III.

⁶⁷ BGer, 4A_589/2017, 9.2.2018, E. 2.4.2; siehe auch OFK OR-MÜLLER (FN 53), Art. 727a N 8, der ausführt, dass der Handelsregisterführer den Verzicht auf die eingeschränkte Revision mangels Kognition selbst dann einzutragen habe, wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und von Gesetzes wegen zur Deponierung der Bilanz verpflichtet wäre.