

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110017-O/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Beschluss vom 1. März 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Kanton Zürich,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Handelsregisteramt Kanton Zürich, Bleicherweg 5, Postfach,
8022 Zürich,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 9. Februar 2011 (EO110001)

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 4. Januar 2011 setzte der Gesuchsteller das Verfahren gegen die Gesuchsgegnerin in Gang, nachdem diese ihre Organisation trotz Aufforderung nicht den gesetzlichen Anforderungen angepasst hatte (act. 1).

Mit "Verfügung" vom 9. Februar 2011 gab das zuständige Einzelgericht dem Begehren statt und ordnete die Auflösung der Gesuchsgegnerin sowie ihre Liquidation nach den Regeln des Konkurses an. Dagegen führt die Gesuchsgegnerin Berufung. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und auf das Gesuch sei nicht einzutreten, weil das Einzelgericht nicht zuständig gewesen sei (act. 14).

Es wurden die Akten beigezogen, und es wurde dem Gesuchsteller Gelegenheit zur Beantwortung der Berufung gegeben. Mit Zuschrift vom 28. Februar 2011 teilt der Gesuchsteller mit, dass die Unterlagen für den Verzicht auf eine auch eingeschränkte Revision eingegangen seien und das demnächst im SHAB publiziert werde; alsdann könne das Verfahren als gegenstandslos und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin abgeschrieben werden (act. 21). Bereits am 25. Februar 2011 (eingegangen am Gericht aber nach der Eingabe des Gesuchstellers) gab die Gesuchsgegnerin Kopien der Belege zum Verzicht auf die Revision und eine Liste ihrer Genossenschafter zur Post (act. 22 und 23/5-8).

2. Verfahren, die nach dem 1. Januar 2011 beim Gericht eingehen, folgen den Regeln der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung. Richtig hat sich der Gerichtspräsident daher als "Einzelgericht" bezeichnet (§ 24 GOG), der juristische Mitwirkende als "Gerichtsschreiber" (§ 133 GOG). Missglückt ist die Bezeichnung des Entscheides: Früher ergingen Entscheide einer Einzelperson im summarischen Verfahren als Verfügung (§ 155 GVG), heute ist aber in der Sache selbst immer ein Urteil zu fällen (§ 135 Abs. 1 und 2 GOG). Der Fehler hat allerdings keine Auswirkungen, weil das zulässige Rechtsmittel nicht mehr (wie noch nach § 259 ZPO/ZH) von der Bezeichnung des angefochtenen Entscheides abhängt.

In diesem Fall nicht wesentlich, aber der Klarheit halber und im Hinblick auf andere Verfahren festzuhalten, ist die Lage zum anwendbaren Verfahrensrecht, wenn ein Sühn- oder Schlichtungsverfahren voranging. Es wird offenbar die Meinung vertreten, diesfalls gelte das neue Recht nicht, denn das Schlichtungsbegehren bewirke Rechtshängigkeit, und daher sei eine Sache in der ersten Instanz gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO nach altem Recht zu führen, wenn sie nur bei der Schlichtungsinstanz noch im alten Jahr eingegangen sei. Die Auffassung stützt sich auf BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 404 N10 f., welche das damit begründen, "Instanz" im Sinne der Bestimmung könne nur eine mit Entscheidkompetenz ausgestattete Behörde sein. Das Letztere wird nicht weiter erläutert und ist durchaus nicht zwingend. Gegenteilig liegt es näher, auch die Schlichtungsbehörde als "Instanz" im Sinne der Bestimmung zu verstehen. Damit hat der Friedensrichter alter Ordnung ein am Jahreswechsel 2010/11 bei ihm hängiges Verfahren noch nach altem Recht zu Ende zu führen, und insbesondere bestimmt sich die Gültigkeitsfrist der Weisung als Bestandteil des Sühnverfahrens nach den alten Regeln - wozu etwa auch die alten Gerichtsferien gehören. Dass die neue ZPO bestimmt, schon die Anrufung der Schlichtungsbehörde begründe Rechtshängigkeit, steht dem nicht entgegen. Der entsprechende Art. 62 ZPO bezieht sich auf die Wirkungen der Rechtshängigkeit, die in Art. 64 ZPO geregelt sind und hat keinen Bezug zum Übergangsrecht. So sprechen sich auch der ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 404 N. 9 und der KuKo ZPO-Domej, Art. 404 N. 2 dafür aus, die Schlichtungsbehörde als eigene "Instanz" im Sinne von Art. 404 ZPO zu verstehen. Damit wird nebenbei erreicht, dass das neue Recht möglichst bald angewendet wird: Der Zweck einer Gesetzesänderung muss es ja wohl sein, dass das neue Recht angewendet wird, und nicht, dass es möglichst lange nicht gilt (ZK ZPO Sutter-Somm/Seiler Art. 404 N. 4).

Das Rechtsmittelverfahren richtet sich auf jeden Fall nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO), und richtig hat der Gerichtspräsident die Gesuchsgegnerin daher auf die Berufung hingewiesen (Art. 308 ZPO).

3.1 Die Kammer hat bisher angenommen, Begehren um Auflösung einer Gesellschaft wegen mangelnder Organisation seien nicht vermögensrechtlich.

Das wurde zwar jeweils nur bei der Rechtsmittelbelehrung erwähnt, war aber feste Praxis. Für die Zuständigkeit spielte es keine Rolle, entgegen vereinzelt Entscheidungen von Einzelrichtern, welche die Sachen dem Kollegium überweisen wollten (das war unrichtig, weil § 219 Ziff. 20 ZPO/ZH die Zuständigkeit des Einzelrichters unabhängig vom Streitwert vorsah). Im Lichte der neuen Zivilprozessordnung und der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes wurde diese Praxis geändert. Neu gelten auf Art. 731b OR gestützte Begehren als vermögensrechtlich (Diggelmann, Dike-Kommentar, Art. 91 N. 102 bei Fn. 2, online-Stand 22. November 2010). Da nicht eine Geldsumme eingeklagt wird, ist der Streitwert zu schätzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Dabei zieht die Kammer mit dem Bundesgericht (BGE 4A_106/2010 vom 22. Juni 2010, nicht publizierte Erw. 6 von BGE 136 III 369) als mögliche Referenz das Grundkapital einer Gesellschaft heran (Entscheidung vom 14. Februar 2011/ LF110011 und vom 16. Februar 2011/NL100211). Klarzustellen ist allerdings, dass eine Gesellschaft auch bei einem geringeren Grundkapital als Fr. 30'000.-- regelmässig einen Umsatz oder auch einen Gewinn in mindestens dieser Höhe erzielen will. Unter diesem Aspekt ist kaum denkbar, dass ein einschlägiger Streit einen Streitwert von weniger als Fr. 30'000.-- haben könnte.

Art. 6 Abs. 1 ZPO erlaubt den Kantonen, ein Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten zu schaffen, und nach Art. 6 Abs. 4 ZPO können diesem Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften übertragen werden. Der Kanton Zürich hat davon Gebrauch gemacht für Fälle, deren Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt (§§ 3 Abs. 1 lit. b und 44 lit. b GOG).

Die Gesuchsgegnerin hat nach eigener Darstellung ein Genossenschaftskapital von Fr. 45'500.--. Dazu beruft sie sich ausser der Statutenbestimmung, wonach jeder Genossenschafter für Fr. 500.-- einen Anteilschein erwerben muss, auf die nachträglich eingereichte Liste der Genossenschafter und das von diesen gezeichnete Genossenschaftskapital (act. 28/5). Auch abgesehen vom Kapital wäre ein Interessewert von Fr. 30'000.-- erreicht: Statutengemäss soll die Genossenschaft das alte Schulhaus Gündisau mieten oder kaufen, darin einen Gemeinschaftsraum betreiben und die Wohnstube, die Schulstube, den Pausenplatz und

die Spielwiese an Dritte vermieten (Beilage 2 zur Berufung). Damit ist offenkundig ein Umsatz von mindestens Fr. 30'000.-- angestrebt, der Streitwert für die Zuständigkeit des Handelsgerichtes erreicht und war der Gerichtspräsident von Pfäffikon nicht zuständig.

3.2 War der Gerichtspräsident von Pfäffikon sachlich für seinen Entscheid nicht zuständig, ist die Berufung begründet (Art. 310 lit. a ZPO) und ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Diese Erledigungsart ist zwar in Art. 318 ZPO nicht vorgesehen, wird aber etwa in Art. 63 ZPO stillschweigend vorausgesetzt.

3.3 Der Gesuchsteller trägt auf Erledigung der Sache zufolge Gegenstandslosigkeit an, sobald der Verzicht auf die Revision im SHAB publiziert sein werde (act. 21). Ob das abgewartet werden müsste, wenn die Unterlagen beim Amt liegen und nach dessen Beurteilung vollständig sind, mag offen bleiben. War das erstinstanzliche Gericht für den angefochtenen Entscheid in der Sache nicht zuständig, ist es auch die Rechtsmittelinstanz nicht. Nach bisheriger Auffassung gilt das selbst dann, wenn das Obergericht auch für ein Rechtsmittel gegen den Entscheid der richtigen Instanz zuständig gewesen wäre. Am Beispiel des Forderungsprozesses dürfte es klar sein: Wenn sich der Beklagte wehrt, weil das angerufene Gericht nicht zuständig sei, darf das Obergericht nicht sozusagen kurzgeschlossen direkt über die Sache entscheiden, selbst wenn diese spruchreif ist. Das ist aber nicht anders, wenn statt über die Sache über eine Prozessvoraussetzung gestritten wird. Im vorliegenden Fall kommt ein Eingehen auf die Sache auch nur schon darum nicht in Frage, weil das Obergericht nicht Rechtsmittelinstanz für den zuständigen Einzelrichter am Handelsgericht ist.

Es bleibt daher bei der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dabei, dass auf das Gesuch des Gesuchstellers (wegen Unzuständigkeit) nicht einzutreten ist. Im Ergebnis ändert sich freilich nichts: Wohl wird das Verfahren in den Stand zurückversetzt, in welchem es vor Einreichen des Gesuchs an das Pfäffiker Einzelgericht war. Da das Amt der Auffassung ist, der rechtmässige Zustand sei hergestellt, wird es aber auf weitere Schritte verzichten, und es läuft daher auf dasselbe hinaus wie wenn das Obergericht feststellte, das Gesuch sei gegenstandslos geworden.

4. Hat der Gesuchsteller die unrichtige Instanz angerufen und wird darum auf das Gesuch nicht eingetreten, sind die Verfahrenskosten der ersten Instanz auf die Staatskasse zu nehmen, da dem Staat keine Kosten auferlegt werden können (Art. 116 ZPO und § 200 lit. a GOG). Daran ändert nichts, dass das Gesuch in der Sache wohl begründet gewesen wäre. In der Berufung hat der Gesuchsteller die Unzuständigkeitseinrede nicht etwa anerkannt, sondern gegenteils einen Antrag gestellt, wie wenn der Pfäffiker Gerichtspräsident zuständig gewesen wäre. Er hat sich daher mit dem fehlerhaften Entscheid faktisch identifiziert, was ebenfalls zu einer Kostenaufgabe führte, wenn das zulässig wäre.

Für eine Entschädigung des Staates an die obsiegende Gegenpartei fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

Es wird beschlossen:

1. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben, und auf das Begehren des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
2. Kosten werden nicht erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 21, an den Gesuchsteller unter Beilage von act. 22, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an den Gerichtspräsidenten des Bezirks Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 1. März 2011

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: