

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Beschluss vom 2. Juli 2021

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____,**

Gläubiger und Berufungskläger

gegen

C._____ GmbH,

Antragsgegnerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. Juni 2021 (EO210008)**

Erwägungen:

1. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich stellte fest, dass die seit dem tt. Dezember 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Firma C._____ GmbH (act. 11/2) einen Mangel in der gesetzlich zwingenden Organisation aufweise, da die Gesellschaft am eingetragenen Rechtsdomizil nicht mehr erreicht werden könne. Die an das Domizil der Gesellschaft gerichtete Aufforderung - den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen und die entsprechende Eintragung anzumelden - des Handelsregisteramtes wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert, worauf dieses die Publikation der Aufforderung am tt. März 2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veranlasste. Da die C._____ GmbH die ihr gemäss Art. 152 Abs. 1 HRegV angesetzte Frist unbenutzt verstreichen liess, überwies das Handelsregisteramt mit Schreiben vom 3. Mai 2021 die Angelegenheit dem zuständigen Gericht, damit es die erforderlichen Massnahmen ergreife (Art. 939 Abs. 2 OR) (act. 1). Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur setzte der C._____ GmbH mit Verfügung vom 5. Mai 2021 erneut Frist an, um den rechtmässigen Zustand herzustellen (act. 3). Da die Betroffene auch diese Frist unbenutzt verstreichen liess, ordnete die Vorinstanz mit Urteil 2. Juni 2021 deren Auflösung und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an (act. 6).
2. a) Mit Eingabe vom 10. Juni 2021 wandte sich A._____ AG im Namen der Gläubiger 1. A._____ AG, Zürich, und 2. B._____, ... D._____, an die II. Zivilkammer und erhob Berufung gegen das Urteil vom 4. Juni (recte: 2. Juni) 2021 in Sachen gegen C._____ GmbH (act. 10).

b) Da die Eingabe nur vom alleinigen Verwaltungsrat der A._____ AG (E._____) unterzeichnet worden ist (vgl. act. 11/1) bzw. keine Vollmacht von B._____ an E._____ zur Erhebung eines Rechtsmittels in seinem Namen vorliegt, müsste die Eingabe der A._____ AG zu deren Verbesserung zu-

rückgesendet werden (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Da aber, wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, auf die Berufung nicht einzutreten ist, kann auf die Ansetzung einer Nachfrist verzichtet werden.

3. In der Berufung wurde ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass Herr F._____ (Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ GmbH, act. 2/1) strafbare Handlungen begangen habe und "Konkursreiterei" betreibe. Von ihm sei wieder eine neue Firma, G._____ GmbH, gegründet worden. Er habe sich von der Firma A._____ AG Personal vermitteln lassen, obwohl er schon hoch verschuldet gewesen sei. Eine Zivilklage bzw. ein Strafverfahren sei eingeleitet worden. Herr B._____ habe für die C._____ GmbH den Auftrag ausgeführt, und auch er sei nie bezahlt worden (act. 10).
4. a) Auf 1. Januar 2021 wurde das Handelsregisterrecht modernisiert. Die Rechtsgrundlage für die Handelsregisterämter zum Vorgehen bei Organisationsmängeln ist nicht mehr Art. 731b OR, sondern neu Art. 939 OR. Es gibt nun zwei verschiedene Organisationsmangelverfahren, nämlich das streitige, das ein Aktionär oder Gläubiger einleitet (Art. 731b OR), und das nicht streitige, das vom Handelsregisteramt an das Gericht, wie vorliegend, überwiesen wird (Art. 939 OR).

Stellt das Handelsregisteramt Mängel fest in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation von im Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaften etc., so fordert es die betreffende Rechtseinheit auf, den Mangel zu beheben und setzt ihr dazu eine Frist. Wird der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben, so überweist es die Angelegenheit dem Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (Art. 939 Abs. 1-2 OR). Nach neuem Recht ist somit der Handelsregisterführer nicht mehr aktivlegitimiert, ein Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln einzureichen. Da das Handelsregisteramt keine Parteistellung mehr hat, wird das Organisationsmangelverfahren zu einem Einparteienverfahren (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Handelsregisterrecht], BBI 2015 S. 3649). Es geht mithin nicht um die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, sondern um ein rechtsfürsorgliches Vorkehren. Letzteres ist eine Angelegenheit der freiwilli-

gen Gerichtsbarkeit. Dies hat zur Konsequenz, dass neu die Handelsgerichte nicht mehr für Organisationsmangelverfahren zuständig sind, wenn das Verfahren in Anwendung von Art. 939 OR durch Überweisung des Handelsregisteramtes eingeleitet wird. Da Art. 939 OR in Verbindung mit Art. 731b OR einen Organisationsmangel der betroffenen Gesellschaft voraussetzt, ist die Überweisung des Handelsregisteramts als Gesuch dieser betroffenen Gesellschaft zu verstehen, die mangels Handlungsfähigkeit nicht selbst imstande war, ein solches Gesuch zu stellen (vgl. dazu DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, AJP 2/2021 S. 168-169, S. 171-172, S. 175).

b) Gläubiger haben in Verfahren gestützt auf Art. 939 OR keine Parteistellung. Sie können daher die vom Einzelgericht angeordnete Auflösung der betroffenen Gesellschaft nicht mit einem Rechtsmittel anfechten (DOMENIG/GÜR, a.a.O., S. 179). Zu bemerken ist aber, dass die im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffenen Entscheidungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, d.h. auf sie kann zurückgekommen werden (BGE 136 III 178 Erw. 5.2). Unter Nachweis eines schutzwürdigen Interesses können u.a. Gläubiger gestützt auf Art. 935 OR die Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit beantragen (Art. 164 HRegV).

5. Die Berufungskläger sind somit nicht legitimiert, gegen den vorinstanzlichen Entscheid Berufung zu erheben. Auf die Berufung ist deshalb nicht einzutreten.
6. Die Berufungsklägerin 1 hat das vorliegende Berufungsverfahren veranlasst und sie unterliegt mit ihrer Berufung. Von Weiterungen hinsichtlich der Erhebung der Berufung durch den Berufungskläger 2 (vgl. vorne Ziff. 2b) ist abzusehen. Ausgangsgemäss (und nach dem Verursacherprinzip) sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin 1 aufzuerlegen. Aufgrund des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft, namentlich in Anbetracht des Stammkapitals von CHF 20'000.– (act. 2/1) und der natürlichen Vermutung, dass der letzte Jahresumsatz und die noch vorhandenen Vermögenswerte der betroffenen Gesellschaft den Betrag von mindestens CHF

30'000.– erreichen, ist von einem Streitwert in dieser Höhe auszugehen (vgl. OG ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. 4.2 ff.; BGer, 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013, E. 1.1). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 2, 4 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 1 und 10 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 500.– festzulegen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Berufungskläger wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf CHF 500.– festgesetzt und der Berufungsklägerin 1 auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger 1 sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am:
2. Juli 2021