

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss vom 13. September 2021

in Sachen

A. _____ AG,

Gesellschaft und Berufungsklägerin

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Affoltern vom 23. August 2021 (EO210005)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die A._____ AG (Berufungsklägerin) ist seit April 2015 als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen (act. 14). Nachdem die B._____ AG beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich ihren Rücktritt als Revisionsstelle angemeldet hatte, wurde die Revisionsstelle am 6. April 2021 gelöscht (vgl. act. 1 S. 2 und act. 14). Mit Schreiben vom 9. April 2021 wies das Handelsregisteramt die Berufungsklägerin darauf hin, im Handelsregister müsse eine zugelassene Revisionsstelle oder der Verzicht auf eine eingeschränkte Revision eingetragen sein, und es forderte die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben. Das Schreiben des Handelsregisteramts ging der Berufungsklägerin am 12. April 2021 zu (vgl. act. 2/2 sowie Sendungsverfolgung auf www.post.ch).

1.2. Nach unbenutztem Ablauf der Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 8. Juli 2021 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz; act. 1). Mit Verfügung vom 15. Juli 2021 stellte die Vorinstanz der Berufungsklägerin die Eingabe des Handelsregisteramtes zu und setzte ihr eine Frist von 30 Tagen an, um den Organisationsmangel (fehlende Eintragung einer gesetzmässigen Revisionsstelle oder des Verzichts auf die eingeschränkte Revision) zu beheben, unter genauer Angabe wie der rechtmässige Zustand hergestellt werden könne (act. 3). Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin am 19. Juli 2021 zugestellt (act. 5). Nachdem die angesetzte Frist ungenutzt verstrichen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 23. August 2021 die Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an, sie beauftragte das Konkursamt Affoltern ZH mit dem Vollzug und auferlegte die Gerichtskosten der Berufungsklägerin (act. 10 [= act. 6 = act. 12]).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin am 1. September 2021 rechtzeitig Berufung (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen

(act. 1-9). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO).

2.2. Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (OGer ZH, LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV/2. mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2). Weil in einem Organisationsmängelverfahren in jedem Fall – aufgrund der geltenden Officialmaxime unabhängig von den konkreten Anträgen der Parteien – die Auflösung der mit dem Organisationsmangel behafteten juristischen Person droht, ist der Streitwert im Grundsatz stets nach Massgabe des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu berechnen (vgl. OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011; ZR 110/2011 Nr. 30 E. 3.3.1; DIKE Komm ZPO-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 412 ff.). Der konkrete Streitwert ist pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekannten) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von (i) nominellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiva (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV./4.). In Bezug auf die Berufungsklägerin ist einzig das nominelle Grundkapital (Aktienkapital) bekannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister auf Fr. 100'000.– (act. 14). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.3 Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gu-

tem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet resp. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.4 Die Berufungsklägerin beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben. Sie begründet dies damit, der Mangel sei inzwischen behoben worden; der Verzug habe nur an der Covid-19 Situation gelegen. Die Berufungsklägerin habe nun die C. _____ GmbH als Revisionsstelle beauftragt, welche ihre Wahl angenommen habe. Die Eintragung sei am 31. August 2021 beim Handelsregisteramt angemeldet worden (act. 11). Dass die Vorinstanz falsch entschieden hätte, macht die Berufungsklägerin nicht geltend. Sie legt insbesondere nicht dar, dass der Entscheid inhaltlich falsch war oder ein Verfahrensmangel vorlag. Bei den Vorbringen der Berufungsklägerin handelt es sich vielmehr um neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel. Wie erwähnt sind solche im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt: Die Bestellung und Eintragung der Revisionsstelle war einzig vom Willen der Berufungsklägerin abhängig. Es handelt sich um ein sog. Potestativ-Novum, welches nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Berufungsverfahren ebenfalls nur berücksichtigt werden darf, wenn es trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte beigebracht werden können (vgl. dazu BGer 4A_583/2019 vom 19. August 2020 E. 5.3). Die Vorinstanz hatte der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 15. Juli 2021 Gelegenheit gegeben, den Mangel zu beheben (act. 3). Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin nachweislich zugestellt (act. 5), und sie behauptet auch nicht, keine Kenntnis davon gehabt zu haben, sondern liess die ihr angesetzte Frist ungenutzt verstreichen. Die im vorinstanzlichen Verfahren versäumten Handlungen können nun nicht im Berufungsverfahren nachgeholt werden. Die behauptete Behebung des Mangels bezüglich der Revisionsstelle erfolgt damit verspätet. Da die Beru-

fungsklägerin keinerlei Mängel am angefochtenen Urteil geltend macht, sind die Anforderungen an eine Rechtsmittelbegründung nicht erfüllt, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

2.5 Eine Kopie der Berufungsschrift ist indes an die Vorinstanz weiterzuleiten. Diese wird zu prüfen haben, ob es sich bei den Vorbringen der Berufungsklägerin um ein sinngemässes Gesuch um Wiederherstellung der vor ihr verpassten Frist handelt. Darauf deutet hin, dass die Berufungsklägerin geltend macht, der Verzug habe allein an der Covid-19 Situation gelegen, welche eine schnelle, reibungslose und fristgerechte Eintragung verhindert habe (act. 11). Bei der Prüfung des Fristwiederherstellungsgesuchs wird die Vorinstanz zu berücksichtigen haben, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die in Art. 731b Abs. 1^{bis} OR genannten Massnahmen in einem Stufenverhältnis stehen und das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung erst anordnen soll, wenn mildere Massnahmen nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Auflösung der Gesellschaft kommt erst als *ultima ratio* zum Zuge (BGE 141 III 43 E. 2.6). Gerade dann, wenn zu ersehen ist, dass die saumselige Organschaft die Mangelbehebung ernsthaft anstrebt, kann sich eine gewisse Grosszügigkeit bei der Behandlung eines Fristwiederherstellungsgesuchs rechtfertigen.

3.

3.1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. Beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren, das vom Handelsregisteramt gestützt auf Art. 939 OR an das Gericht überwiesen wird, handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. dazu DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021, S. 168 ff, S. 172). Daran ändert sich auch im Rechtsmittelverfahren jedenfalls dann nichts, wenn dieses durch die mit dem Organisationsmangel behaftete juristische Person selbst (und nicht etwa durch eine allfällig legitimierte Drittperson) ergriffen wird. Dementsprechend ist die Entscheidgebühr für das vorliegende Be-

rufungsverfahren im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (Fr. 100.– bis maximal Fr. 7'000.–) in Würdigung des Streitwerts, des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen (vgl. § 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Unter Berücksichtigung des Streitwerts (vgl. E. 2.2.), des relativ geringen Zeitaufwandes des Gerichtes und der eher geringen Schwierigkeit des Falles erscheint es angemessen, die zweitinstanzliche Entsch eidgebü hr auf Fr. 800.– festzusetzen. Eine Umtriebsentschädigung für die Berufungsklägerin entfällt bei diesem Prozessausgang von vornherein.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 800.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Affoltern ZH und an das Betreibungsamt Affoltern a.A. ZH sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und unter Beilage einer Kopie von act. 11 zwecks Prüfung im Sinne der Erwägungen – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Affoltern, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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 Fr. 100'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am:
13. September 2021