

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschluss vom 22. August 2022

in Sachen

A. _____ SA,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Februar 2022 (EO210190)

Erwägungen:

1.1. Die A._____ SA, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm.1999 im Handelsregister eingetragen und bezweckt die Durchführung von Handelsgeschäften aller Art, Kauf und Verkauf von Liegenschaften, sowie Verwaltung von Vermögenswerten (act. 2/1). Nachdem B._____, Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift, am tt. Juni 2021 seine Löschung im Register angemeldet und das Handelsregisteramt die entsprechende Eintragung vorgenommen hatte, wies das Handelsregisteramt die Berufungsklägerin mit Schreiben vom 14. Juni 2021 darauf hin, dass ein Organisationsmangel vorliege. Dies, weil es nun kein Mitglied des Verwaltungsrates mehr gebe, das zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sei und zudem Wohnsitz in der Schweiz habe. Die Berufungsklägerin wurde aufgefordert, den gesetzmässigen Zustand innert 30 Tagen wieder herzustellen, wobei die dafür einzureichenden Unterlagen aufgelistet wurden (act. 2/2).

1.2. Da die angesetzte Frist ungenutzt verstrich, überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 5. August 2021 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz; act. 1). Mit Verfügung vom 10. August 2021 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin unter Zustellung der Eingabe des Handelsregisteramtes und unter Hinweis auf die Säumnisfolgen eine Frist an, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (act. 3). Nachdem die Frist ungenutzt verstrichen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 8. September 2021 androhungsgemäss die Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an, sie beauftragte das Konkursamt Riesbach-Zürich mit dem Vollzug und auferlegte die Gerichtskosten der Berufungsklägerin (act. 5).

1.3. Mit Schreiben vom 27. September 2021 wandte sich der Alleinaktionär C._____ im Namen der Berufungsklägerin an die Vorinstanz und stellte ein Wiederherstellungsgesuch (act. 7). Die Vorinstanz setzte der Berufungsklägerin daraufhin mit Verfügung vom 30. September 2021 eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an und stellte ihr im Falle der Mangelbehebung bis am

20. Oktober 2021 die Bewilligung des Wiederherstellungsgesuches in Aussicht (act. 9). Der Kostenvorschuss wurde innert erstreckter Frist geleistet (vgl. act. 10, act. 14, act. 15 sowie act. 16). Die Frist zur Mangelbehebung wurde auf entsprechende Gesuche der Berufungsklägerin hin bis zum 17. Januar 2022 erstreckt (act. 17–21). Mit E-Mail vom 20. Januar 2022 stellte die Berufungsklägerin das Einreichen der nötigen Dokumente beim Handelsregisteramt in Aussicht (act. 23). Nachdem jedoch weiterhin nichts geschehen war, wies die Vorinstanz das Fristwiederherstellungsgesuch mit Verfügung vom 3. Februar 2022 ab und auferlegte die Gerichtskosten der Berufungsklägerin (act. 24 = act. 30 = act. 32).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob C._____ im Namen der Berufungsklägerin am 17. Februar 2022 rechtzeitig (vgl. act. 25 sowie Art. 314 Abs. 1 ZPO) Berufung (act. 31). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-28). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1. Erfolgt ein Entscheid über eine Wiederherstellung erst nach dem Endentscheid im betreffenden Verfahren, so kommt Art. 149 ZPO, wonach das Gericht endgültig entscheidet, nicht zur Anwendung. Vielmehr kann ein solcher Entscheid angefochten werden, wobei er hinsichtlich der Zulässigkeit eines Rechtsmittels wie ein Endentscheid in der Sache zu behandeln ist (vgl. OGer ZH NG110010 vom 7. Oktober 2011 E. 7 = ZR 110/2011 Nr. 91; BGE 139 III 478 = BGer 4A_137/2013 vom 7. November 2013 E. 6 und E. 7.3 [nicht publiziert]). 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 an ein Organisationsmangelverfahren anschliessendes (Frist)Wiederherstellungsverfahren geht es im Kern um dasselbe, nämlich die Behebung der fraglichen Mängel. Der Streitwert muss sich folglich analog den im Organisationsmangelverfahren geltenden Grundsätzen bemessen. Beim Verfahren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV.2 mit Verweis auf OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2). Weil in einem Orga-

nisationsmangelverfahren 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 E. 3.3.1 = ZR 110/2011 Nr. 30; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54). Der konkrete Streitwert ist pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekanntem) 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 m.w.H.). In Bezug auf die Berufungsklägerin ist einzig das nominelle Grundkapital (Aktienkapital) bekannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister auf Fr. 200'000.– (act. 2/1; vgl. auch act. 8/1). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.3. Im erstinstanzlichen Verfahren war C._____, der das Wiederherstellungsgesuch im Namen der Berufungsklägerin stellte, soweit ersichtlich nicht zu deren Vertretung berechtigt. Die Vorinstanz ging darüber hinweg und behandelte das Gesuch. Ob ein Alleinaktionär in einer Situation wie der vorliegenden, in der eine Aktiengesellschaft über kein vertretungsberechtigtes Organ mehr verfügt, im Namen der Gesellschaft in einem Organisationsmangelverfahren auftreten kann, oder ob nicht vielmehr im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO vorzugehen wäre, kann vorliegend jedoch offen bleiben. So kann einerseits für das Berufungsverfahren von einer angesichts von Art. 718 Abs. 1 OR zumindest hinreichenden Vertretungsberechtigung des Alleinaktionärs (vgl. act. 8/1) C._____ ausgegangen werden, liegt der Berufung doch das Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 21. Januar 2022 bei, anlässlich der er als neues einziges Verwaltungsratsmitglied [mit Einzelunterschrift] gewählt wurde, wobei er seine Zustimmung zur Wahl erteilte (act. 33/2; vgl. auch act. 33/4). Andererseits ist der Berufung, wie sogleich zu zeigen sein wird, ohnehin kein Erfolg beschieden.

2.4 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). Im Rahmen der Begründung ist darzulegen, an welchen Mängeln der vorinstanzliche Entscheid leidet. Die Berufung erhebende Partei muss sich entsprechend mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und im Einzelnen aufzeigen, aus welchen Gründen er nach ihrer Auffassung falsch ist. Bei Parteien ohne anwaltliche Vertretung wird an die Begründungslast ein weniger strenger Massstab angelegt. Bei fehlender Auseinandersetzung bzw. Begründung ist jedoch ohne Weiteres auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (ZR 110 Nr. 80; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 31 f. und 46). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ist die Entstehung eines Novums einzig vom Willen der es vorbringenden Partei abhängig (sog. Potestativ-Novum), so ist es nicht als echtes Novum zu qualifizieren. Es kann damit im Berufungsverfahren nur noch Berücksichtigung finden, wenn es trotz zumutbarer Sorgfalt im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte beigebracht werden können (BGE 146 III 416 E. 5.3).

2.5. Die Berufungsklägerin beantragt sinngemäss, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Wiederherstellungsgesuch sei gutzuheissen. Sie bringt vor, der Organisationsmangel habe inzwischen behoben werden können, die von der Vorinstanz angeforderten Urkunden lägen nun vor. Der Grund für die verzögerte Einreichung der Unterlagen liege darin, dass die Urkunden hätten beglaubigt werden müssen, was nicht am Wohnort des Alleinaktionärs in D. _____ [Staat in Europa] hätte erfolgen können, sondern in den E. _____ [Staat in Europa] hätte gemacht werden müssen. Die E. _____ hätten sich aber aufgrund der Corona-Pandemie in Quarantäne befunden (act. 31). Damit macht die Berufungsklägerin keine Mängel des angefochtenen Entscheides geltend, insbesondere auch keine Verfahrensmängel. Sie rügt weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung. Dies genügt selbst den bei juristischen Laien

herabgesetzten Anforderungen an eine Rechtsmittelbegründung nicht, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

2.6 Der Berufung der Berufungsklägerin wäre aber selbst dann kein Erfolg beschieden, wenn auf diese einzutreten wäre: Bei der von der Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Berufung abgegebenen Erklärung, wonach die zur Behebung des Organisationsmangels nötigen Unterlagen nun vorlägen, handelt es sich um eine im Berufungsverfahren erstmals vorgetragene und damit neue Behauptung. Die Erstellung der fraglichen Urkunden hing im Wesentlichen von der Berufungsklägerin bzw. deren Alleinaktionär C. _____ ab und ist damit als unechtes Potestativ-Novum zu qualifizieren. Weshalb C. _____, der seit Mitte Juni 2021 davon wusste, dass der Organisationsmangel zu beheben war, wobei dafür mehrfach Fristen angesetzt und auch erstreckt wurden (vgl. act. 2/2, act. 3, act. 9 und act. 17–21), erst am 21. Januar 2022 und damit *nach* Ablauf der letztmals erstreckten Frist die Generalversammlung zur Wahl des neuen Verwaltungsrates abhielt (vgl. act. 33/2), ist mangels Erklärung nicht ersichtlich. Es mag sein, dass die hernach nötige Beglaubigung seiner Unterschrift – sei dies wegen der Pandemie oder auch bloss, weil derartige administrative Angelegenheiten in der Regel etwas dauern können – eine gewisse Zeit in Anspruch nahm, was als einziges nicht ausschliesslich vom Wille der Berufungsklägerin abhing. Doch dies ändert nichts an der Tatsache, dass bereits die Unterschrift selbst und die der Mangelbehebung dienenden Urkunden zu spät erstellt worden waren. Es ist mit anderen Worten nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin auch nicht dargetan, weshalb die eingereichten Dokumente bei zumutbarer Sorgfalt nicht bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens erstellt und der Vorinstanz eingereicht werden konnten. Folglich können sie im Berufungsverfahren keine Berücksichtigung mehr finden.

Die Berufung wäre im Übrigen selbst dann abzuweisen, wenn die eingereichten Unterlagen Beachtung finden könnten. Abgesehen davon, dass die Dokumente nicht vollständig sind – insbesondere fehlt die vom Handelsregister und der Vorinstanz verlangte (vgl. act. 3 E. 2 mit Verweis auf act. 2/2) *unterzeichnete* Anmeldung im Handelsregister (vgl. act. 33/4) – ist durch die Bestellung von

C._____ als Verwaltungsrat der Organisationsmangel nicht vollständig behoben.

C._____ hat gemäss seinen eigenen Angaben Wohnsitz in D._____ und nicht in der Schweiz (act. 31, act. 33/2 und act. 33/4). Damit ist Art. 718 Abs. 4 OR, wonach die Gesellschaft durch ein Mitglied des Verwaltungsrates mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können muss, was der Berufungsklägerin bekannt war (vgl. act. 2/2 und act. 3), nicht erfüllt.

2.7. Auf ein Weiterleiten einer Kopie der Berufungsschrift an die Vorinstanz zur Prüfung, ob es sich dabei um ein – erneutes – sinngemässes Wiederherstellungsgesuch handelt, wie dies von der Kammer in gewissen Fällen praktiziert wird, ist vorliegend zu verzichten. Zum einen hat die Berufungsklägerin bereits ein Wiederherstellungsverfahren durchlaufen, wobei ihr die angesetzte Frist zur Mangelbehebung grosszügig über Monate hinweg erstreckt wurde (vgl. act. 17–21). Zum anderen hat sie wie gezeigt die bestehenden Organisationsmängel immer noch nicht behoben.

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. Dasselbe muss auch für das Wiederherstellungsverfahren und das diesbezügliche Rechtsmittelverfahren gelten. Dementsprechend ist die Entscheidungsgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren 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 geringen Schwierigkeit des Falles erscheint es angemessen, die zweit-

stanzliche Entscheidgebühr 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 zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird 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 und an das Konkursamt Riesbach-Zürich sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 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. 200'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: