

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220096-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 31. Januar 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf
vom 9. November 2022 (EO220034)

Erwägungen:

1.1. Die Berufungsklägerin ist seit dem tt.mm.1980 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Fabrikation, den Vertrieb sowie den Handel mit ..., ... und anderen ...-elementen aus Metall und Kunststoff. Als Geschäftsführerin ist B._____ und als Präsidentin des Verwaltungsrates ist C._____ aufgeführt (act. 19/2).

1.2. Mit Schreiben vom 30. Juni 2022 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, dass D._____ seine Löschung als Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister angemeldet habe; die entsprechende Eintragung habe das Handelsregisteramt vorgenommen. Damit verletze die Gesellschaft Art. 718 Abs. 4 OR, wonach eine Aktiengesellschaft durch eine Person vertreten sein müsse, die Wohnsitz in der Schweiz habe. Es liege ein Organisationsmangel vor. Das Amt forderte die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben (act. 3/2). Das Schreiben wurde der Berufungsklägerin am 6. Juli 2022 an der im Handelsregister eingetragenen Adresse zugestellt (act. 3/2 Anhang). Nach unbenutztem Ablauf der Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 19. August 2022 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf (Vorinstanz; act. 1).

1.3. Mit Verfügung vom 23. August 2022 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den Organisationsmangel zu beheben (act. 4). Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin am 2. September 2022 zugestellt (act. 4 Anhang). Nachdem die Frist ungenutzt abgelaufen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 9. November 2022 die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Niederglatt mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf CHF 1'000.– fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (act. 5 = act. 15 = act. 18, fortan act. 15). Das Urteil wurde der Berufungsklägerin am 11. November 2022 an die eingetragene Domiziladresse zugestellt (act. 6).

1.4. Mit Eingabe vom 21. November 2022 (Datum der Abgabe) erhob die Berufungsklägerin gegen diesen Entscheid rechtzeitig Berufung und stellte folgende Anträge (act. 16 S. 2):

- " 1. Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 9. November 2022 (Geschäfts-Nr.: EO220034-D) seien ersatzlos aufzuheben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 9. November 2022 (Geschäfts-Nr.: EO220034-D) sei aufzuheben und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt.) zu Lasten der Staatskasse."

1.5. Mit Verfügung vom 23. November 2022 setzte die Kammer der Berufungsklägerin Frist an, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von CHF 2'000.– zu leisten (act. 21). Nachdem bis zum Fristablauf lediglich ein Betrag von CHF 1'943.– eingegangen war, wurde der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 7. Dezember 2022 eine Nachfrist zur Leistung des Restbetrags in Höhe von CHF 57.– angesetzt (act. 23 und act. 26). Dieser Aufforderung kam die Berufungsklägerin rechtzeitig nach (act. 27 f.).

1.6. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2022 reichte die Berufungsklägerin der Kammer die Anmeldung des einzelzeichnungsberechtigten Direktors im Sinne eines Novums ein (act. 29 f.). Mit Schreiben vom 16. Januar 2023 gelangte das Handelsregisteramt an die Kammer (act. 33). Darin teilt das Amt mit, das Obergericht des Kantons Zürich habe mit Urteil vom 12. Januar 2023 das Konkursdekret des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 28. November 2022 aufgehoben. Die Unterlagen zur Behebung des Organisationsmangels seien am 5. Dezember 2022 eingereicht worden. Gestützt darauf könnte es nun die Eintragung vornehmen. Zudem

ersuchte es die Kammer um Mitteilung, ob aus ihrer Sicht die Eintragung ins Handelsregister vorgenommen werden könne (act. 33). Am 26. Januar 2023 teilte das Handelsregisteramt der Kammer schliesslich mit, dass die Eintragung einer zeichnungsberechtigten Person mit Wohnsitz in der Schweiz unter Tagesregister-Nr. ... vom tt.mm.2023 vorgenommen worden und die Publikation im SHAB Nr. ... vom tt.mm.2023 erfolgt sei (act. 35).

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 – 13). Die Sache ist spruchreif.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Vorliegend ist von einem Streitwert von CHF 200'000.–, dem nominellen Grundkapital der Berufungsklägerin, auszugehen (act. 19/2; vgl. OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV./4. und die zutreffenden Vorbringen der Berufungsklägerin in act. 16 Rz. 2). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert gegeben.

2.2. 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). 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).

3. Die Berufungsklägerin stellt sich berufsungsweise auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731 Abs. 1 Ziff. 3 OR hätte ihrer Ansicht nach als ultima ratio erst angeordnet werden dürfen, wenn sich mildere Mittel – vorliegend nebst der Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auch die Ernennung des Organs auf Kosten der Berufungsklägerin – als nicht sachgerecht bzw. zielführend erwiesen hätten (act. 16 Rz. 11). Im Übrigen legt die Berufungs-

klägerin die Gründe dar, die dazu geführt haben sollen, dass sie die ihr angesetzten Fristen verpasst habe (act. 16 Rz. 12). Schliesslich stellte sie sich in ihrer Eingabe vom 13. Dezember 2022 auf den Standpunkt, mit der Anmeldung des einzelzeichnungsberechtigten Direktors D._____ beim Handelsregisteramt sei der Organisationsmangel behoben worden (act. 29 f.).

4. In einem Organisationsmangelverfahren soll das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziffer 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) und Ziffer 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Auflösung nach Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR stellt eine ultima ratio dar, also das letzmögliche Mittel, das erst zur Anwendung gelangt, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen. Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BGE 138 III 294 E. 3.1.4. mit zahlreichen weiteren Verweisen; bestätigt unter anderem in BGE 138 III 407 E. 2.4. und BGE 141 III 43 E. 2.6.).

5.1. Unbestritten ist, dass die Berufungsklägerin sowohl die Frist des Handelsregisteramtes als auch die vorinstanzlich angesetzte Frist – angeblich aufgrund interner Fehleinschätzung bezüglich der Organisation (vgl. act. 16 Rz. 12) – unbenutzt verstreichen liess. Nach Ablauf der gerichtlichen 20-tägigen Frist bis zum Erlass des vorinstanzlichen Entscheides vergingen nochmals rund 1.5 Monate, ohne dass sich die Berufungsklägerin in irgendeiner Weise beim Handelsregisteramt und/oder der Vorinstanz vernehmen liess (vgl. act. 4 Anhang). Inwiefern die Vorinstanz unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Recht falsch angewandt haben soll, legte die Berufungsklägerin nicht dar und ist auch nicht erkennbar. Entsprechend ist die gewählte – und vorgängig angedrohte – Massnahme der Vorinstanz einstweilen verhältnismässig und nicht zu beanstanden.

5.2. Indes wurde der Mangel der Eintragung eines fehlenden gültigen Domizils mittlerweile behoben (vgl. act. 35 f.). Das Bundesgericht behandelt Eintragungen

im Handelsregister mit deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) als notorisch. Sie können dementsprechend von Amtes wegen berücksichtigt werden (vgl. BGer 5C.219/2006 vom 16. April 2007, E. 3.4, m.w.H.; siehe auch BGE 139 III 293 E. 3.3, m.w.H.). Aufgrund der Notorietät von Eintragungen im Handelsregister kann die inzwischen erfolgte Behebung des Mangels, welcher zur Anordnung der Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften des Konkurses führte, im vorliegenden Berufungsverfahren somit trotz des an sich geltenden strengen Novenrechts berücksichtigt werden, müssen doch notorische oder offenkundige Tatsachen weder behauptet noch bewiesen werden (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 38). Eine diesbezügliche Sachverhaltsergänzung von Amtes wegen drängt sich hier sodann geradezu auf, zumal es sich beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (vgl. dazu DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021, S. 168 ff., S. 172), mithin keine in ihren Interessen betroffene Gegenpartei vorhanden ist, nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kein Interesse der Öffentlichkeit oder der Gläubiger der Berufungsklägerin an einer Auflösung derselben nach den Vorschriften des Konkurses mehr besteht und dies auch aus ökonomischer Sicht nicht als sinnvoll erscheint.

Da vorliegend aus dem Handelsregister des Kantons Zürich hervorgeht, dass der Mangel, welcher zur gerichtlichen Anordnung der Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses geführt hat, inzwischen behoben wurde, sind aus heutiger Sicht die Voraussetzungen für eine gerichtliche Auflösung der Berufungsklägerin und eine Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} OR nicht mehr gegeben. Insbesondere erscheint die sehr einschneidende und nur als *ultima ratio* vorgesehene Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung der Berufungsklägerin und Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses unter Berücksichtigung der seit dem Erlass des vorinstanzlichen Entscheids entstandenen neuen Tatsachen nicht mehr verhältnismässig. Aus diesen Gründen ist das vorinstanzliche Urteil vom 9. November 2022 aufzuheben.

6.1. Sowohl das erstinstanzliche Verfahren als auch das Berufungsverfahren und die damit verbundenen Kosten wurden durch wiederholte Versäumnisse der Berufungsklägerin verursacht. Deshalb sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens ihr aufzuerlegen, obwohl das vorinstanzliche Urteil vom 9. November 2022 nun letztlich aufgehoben werden kann (Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO).

6.2. Die von der Vorinstanz auf CHF 1'000.– festgesetzte Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren erscheint angemessen und deren Höhe wurde von der Berufungsklägerin im Übrigen in der Berufung nicht beanstandet; sie ist entsprechend zu bestätigen.

6.3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (CHF 100.– bis maximal CHF 7'000.–) in Würdigung des Streitwerts, des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen (§§ 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 relativ kleinen Zeitaufwandes des Gerichts und der geringen Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von CHF 1'000.– angemessen. Eine Parteientschädigung ist bei diesem Prozessausgang nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 9. November 2022 (Geschäft-Nr. EO220034-D) aufgehoben.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf CHF 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf CHF 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Für die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von der Berufungsklägerin geleistete Vorschuss von CHF 2'018.31 herangezogen; der Überschuss wird der Berufungsklägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Niederglatt sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
6. 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 CHF 200'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am:
31. Januar 2023