

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220097-O/U

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

## **Beschluss und Urteil vom 23. Dezember 2022**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ S.A.,**

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts s.V. des Bezirksgerichts Dielsdorf  
vom 9. November 2022 (EO220036)

**Urteil des Einzelgerichts:**

(act. 14 S. 2 f.)

1. Die Antragsgegnerin wird aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet.
2. Das Konkursamt Niederglatt wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–, der Antragsgegnerin auferlegt und dem Konkursamt Niederglatt zur Kollokation angemeldet.
4. ff. [Schriftliche Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung etc.].

**Berufungsanträge:**

(act. 15 S. 2)

- " 1. Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 9. November 2022 (Geschäfts-Nr.: EO220036-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.: EO220036-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."

## Erwägungen:

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Bei der Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B.\_\_\_\_\_. Sie ist seit dem tt.mm.2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt ... (act. 30). Mit Schreiben vom 30. Juni 2022 teilte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (fortan Handelsregisteramt) der Berufungsklägerin mit, dass C.\_\_\_\_\_ (dazumal einzige vertretungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz) seine Löschung als Mitglied des Verwaltungsrats im Register angemeldet habe, woraufhin diese antragsgemäss vorgenommen worden sei. Das Handelsregisteramt wies die Berufungsklägerin sodann darauf hin, dass sie damit Art. 718 Abs. 4 OR verletze, wonach eine Aktiengesellschaft durch eine Person vertreten werden können müsse, die Wohnsitz in der Schweiz habe. Entsprechend forderte es die Berufungsklägerin dazu auf, diesen Organisationsmangel innert dreissig Tagen zu beheben (Art. 939 Abs. 1 OR; Art. 152 Abs. 1 HRegV; act. 3/2). Das Schreiben konnte der Berufungsklägerin am 6. Juli 2022 zugestellt werden (act. 3/2). Nach unbenutztem Ablauf der Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit mit Eingabe vom 18. August 2022 androhungsgemäss dem Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan Vorinstanz) zur Ergreifung der erforderlichen Massnahmen (Art. 939 Abs. 2 OR; Art. 152 Abs. 2 und 153 Abs. 3 HRegV; act. 1).
2. Mit Verfügung vom 23. August 2022 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin unter der Säumnisandrohung der Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs eine Frist von zwanzig Tagen ab Zustellung an, um den Organisationsmangel zu beheben; dies unter genauer Angabe, wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden kann (act. 4). Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin am 2. September 2022 zugestellt (act. 4). Die Frist lief somit bis am 22. September 2022. Nachdem diese ungenutzt verstrichen war, löste die Vorinstanz die Berufungsklägerin mit Urteil vom 9. November 2022 androhungsgemäss auf und ordnete ihre Liquidation nach den Vorschriften über den

Konkurs an (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR; act. 5 = act. 14 [Aktenexemplar] = act. 17, fortan zitiert als act. 14).

3. Mit elektronisch signierter Eingabe vom 21. November 2021 (IncaMail) erhob die Berufungsklägerin Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit oberwähnten Anträgen (act. 9/2 = act. 15, fortan zitiert als act. 15; Abgabezeitpunkt: 21. November 2022, act. 19). Gleichentags reichte die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Behebung des Mangels ein (act. 9 = act. 18/2). Das Fristwiederherstellungsverfahren ist derzeit immer noch vor Vorinstanz hängig. Mit Verfügung vom 23. November 2022 setzte die Kammer der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 1'000.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens an, welcher hierorts mit zwei Zahlungen von Fr. 990.93 und Fr. 29.15 fristgerecht einging (act. 20–22). Am tt.mm.2022 (Tagesregisterdatum) wurde C.\_\_\_\_\_ (mit Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_, Kanton E.\_\_\_\_\_) nach erfolgter Anmeldung und Einreichung der erforderlichen Unterlagen erneut ins Handelsregister des Kantons Zürich mit Einzelzeichnungsberechtigung eingetragen, dieses Mal allerdings nicht als Mitglied des Verwaltungsrats, sondern als Direktor im Sinne von Art. 718 Abs. 4 OR. Die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgte am tt.mm.2022 (zum Ganzen act. 22A–30, insb. act. 29 und 30). Nach dessen Ausscheiden als Verwaltungsrat war zwischenzeitlich nur noch F.\_\_\_\_\_ mit Wohnsitz in G.\_\_\_\_\_ (DE) als zeichnungsberechtigte Person (in der Funktion einer Verwaltungsrätin) im Handelsregister eingetragen (act. 30). Nachdem die vorinstanzlichen Akten (act. 1–12) beigezogen wurden, erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## II. Prozessuale Vorbemerkungen

Beim vorliegenden Organisationsmängelverfahren handelt es sich um einen Anwendungsfall der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, zumal dem Handelsregisteramt, das die Angelegenheit der Vorinstanz überwiesen hat, keine Parteilstellung zukommt. Demnach gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung

(Art. 248 lit. e ZPO; DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, AJP 2021, S. 171 ff.). Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streit- bzw. Interessewert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Der Interessewert in einem Organisationsmangelverfahren 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 LF210058 vom 11. September 2021, E. II./1.2). In Bezug auf die Berufungsklägerin ist hier einzig das nominelle Grundkapital (Aktienkapital) bekannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich auf Fr. 100'000.– (act. 30). Der Streitwert für die Berufung vom 21. November 2022 ist demnach gegeben. Sie wurde sodann innert zehntägiger Frist erhoben (Art. 314 Abs. 1 ZPO; Zustellung des angefochtenen Entscheids am 11. November 2022, act. 6) und enthält Anträge und eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist deshalb einzutreten.

### **III. Zur Beschwerde im Einzelnen**

1. Die Berufungsklägerin rügt eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch die Vorinstanz. Sie ist der Ansicht, dass die Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der zur Behebung des Mangels angesetzten Frist nicht gleich die Auflösung hätte beschliessen dürfen, sondern zunächst das fehlende Organ (zumindest für eine Übergangszeit) selbst hätte ernennen müssen (act. 15 Rz 11). Sie stützt sich dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR genannten Massnahmen insofern in einem Stufenverhältnis stünden, als das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen solle, wenn die mildereren Massnahmen gemäss Ziff. 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) und Ziff. 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen würden oder erfolglos geblieben seien (z.B. BGE 141 III 43 E. 2.6).

Der Berufungsklägerin wäre es offen gestanden, bei der Vorinstanz vor dem Auflösungsurteil vom 9. November 2022 einen Antrag um richterliche Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters zu stellen. Diesfalls hätte sich die Vorinstanz (unter Umständen) nach einer geeigneten Personen umsehen und sodann von der Berufungsklägerin einen Kostenvorschuss für das Ernennungsverfahren verlangen müssen (zu Letzterem Art. 731b Abs. 2 OR). Nicht zumutbar erscheint es bei der Vielzahl an Organisationsmängelverfahren allerdings, von den Gerichten zu verlangen, gewissermassen "ins Blaue hinaus" Abklärungen bezüglich Organ- oder Sachwalterernennungen zu tätigen. Insofern hat es sich die Berufungsklägerin selbst zuzuschreiben, wenn sie keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Zudem standen ihr von der ersten (damals noch durch das Handelsregisteramt getätigten) Aufforderung zur Behebung des Organisationsmangels (Zustellung am 6. Juli 2022) bis zum vorinstanzlichen Auflösungsurteil vom 9. November 2022 über vier Monate an Zeit zur Verfügung, um den Mangel zu beheben, wobei die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 23. August 2022 die Auflösung als Säumnisfolge ausdrücklich angedroht hatte. Schliesslich kann, was im Folgenden aufzuzeigen sein wird, die mittlerweile erfolgte Behebung des Organisationsmangels auch im vorliegenden Berufungsverfahren noch berücksichtigt werden. Aufgrund all dieser Umstände ist das vorinstanzliche Vorgehen als sachgerecht und verhältnismässig zu qualifizieren, weshalb sich die entsprechende Rüge der Berufungsklägerin als unberechtigt erweist.

2. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2022 machte die Berufungsklägerin bei der Kammer im Sinne eines Novums die zwischenzeitliche Behebung des Organisationsmangels geltend (act. 26). Im Berufungsverfahren sind Noven 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). Der Organisationsmangel wurde zwar erst nach dem vorinstanzlichen Urteil vom 9. November 2022 behoben. Dennoch handelt es sich dabei nicht um ein echtes Novum, da dessen Entstehung einzig vom Willen der Berufungsklägerin abhing. Solche neuen Tatsachen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vielmehr als sogenannte unechte Potestativ-Noven zu qualifizieren (BGE 146 III 416 E. 5.3). Die Berufungsklägerin begründet das Verpassen der zur Behebung

des Organisationsmangels eingeräumten Fristen mit internen Fehleinschätzungen bezüglich der Organisation (act. 15 Rz 12). Dass es ihr unter diesen Umständen nicht zumutbar war, rechtzeitig zu handeln, bringt sie dagegen nicht vor. Ein Fall von Unzumutbarkeit ist im Übrigen auch nicht ersichtlich. Insofern liegt ein Fall eines unzulässigen unechten Novums vor.

Indes ist zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht Eintragungen im Handelsregister mit deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) als notorisch behandelt. Sie können dementsprechend von Amtes wegen berücksichtigt werden (BGer 5C.219/2006 vom 16. April 2007, E. 3.4; siehe auch BGE 139 III 293 E. 3.3). Aufgrund der Notorietät von Eintragungen im Handelsregister kann die inzwischen erfolgte Behebung des Mangels im vorliegenden Berufungsverfahren trotz des an sich geltenden strengen Novenrechts berücksichtigt werden. Eine diesbezügliche Sachverhaltsergänzung von Amtes wegen ist hier angezeigt, zumal es sich beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, mithin keine in ihren Interessen betroffene Gegenpartei vorhanden ist, nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kein Interesse der Öffentlichkeit oder der Gläubiger der Berufungsklägerin an einer Auflösung derselben nach den Vorschriften des Konkurses mehr besteht und eine Auflösung auch aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll erscheint.

Da vorliegend aus dem Handelsregister des Kantons Zürich hervorgeht, dass der Mangel, welcher zur gerichtlichen Auflösung der Berufungsklägerin geführt hatte, inzwischen behoben wurde, sind aus heutiger Sicht die Voraussetzungen für eine Auflösung der Berufungsklägerin und Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses gestützt auf Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> 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 Tatsache (in Form der Mangelbehebung) nicht mehr verhältnismässig. Aus diesen Gründen ist das vorinstanzliche Urteil vom 9. November 2022 aufzuheben und die Berufung ist insoweit gutzu-

heissen. Der Rückweisungsantrag (Fortführung des Verfahrens durch die Vorinstanz) ist zufolge zwischenzeitlicher Behebung des Organisationsmangels hingegen als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Abzuweisen ist die Berufung bezüglich der von der Berufungsklägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zulasten der Staatskasse beantragten Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sowohl das vorinstanzliche Verfahren als auch das Berufungsverfahren und die damit verbundenen Prozesskosten wurden durch die Versäumnisse der Berufungsklägerin verursacht. Deshalb sind ihr die Gerichtskosten beider Verfahren trotz Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils aufzuerlegen und es ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 108 ZPO). Die von der Vorinstanz auf Fr. 1'000.– festgesetzte Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren erscheint angemessen und deren Höhe wurde von der Berufungsklägerin auch nicht beanstandet; sie ist demnach zu bestätigen. Hingegen ist die Gebühr nicht mehr zur Kollokation anzumelden, weshalb Dispo.-Ziff.3 des angefochtenen Entscheid diesbezüglich zu streichen bzw. aufzuheben ist.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist, ausgehend von einem Interessewert von Fr. 100'000.– und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 4 und § 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG, ebenfalls auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Sie ist vom von der Berufungsklägerin für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens geleisteten Vorschuss von Fr. 1'020.08 zu beziehen. Der Differenzbetrag von Fr. 20.08 ist der Berufungsklägerin zurückzuerstatten.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Fortführung des Verfahrens und neuen Entscheidung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.



**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts s.V. des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 9. November 2022 (Geschäft-Nr. EO220036-D) aufgehoben.

Hinsichtlich der für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren beantragten Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse wird die Berufung abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Sie wird vom von der Berufungsklägerin für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens geleisteten Vorschuss von Fr. 1'020.08 bezogen. Der Differenzbetrag von Fr. 20.08 wird der Berufungsklägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsanspruches des Staates.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Konkursamt Niederglatt und das Betreibungsamt Rüm- lang-Oberglatt sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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 Fr. 100'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am:  
23. Dezember 2022