



Kass.-Nr. AA090091/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 21. August 2009

in Sachen

A AG,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Zürich,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
Bleicherweg 5, Postfach, 8022 Zürich

betreffend

erforderliche Massnahmen gemäss Art. 731b OR

(Ernennung Revisionsstelle)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2009 (NL090072/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Kläger und Rekursgegner (nachfolgend Beschwerdegegner), vertreten durch das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, stellte mit Eingabe vom 4. März 2009 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich das Gesuch, infolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der Beklagten und Rekurrentin (nachfolgend Beschwerdeführerin) seien die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Da die Beschwerdeführerin der erstinstanzlichen Aufforderung vom 9. März 2009, eine Revisionsstelle zu bestellen oder den Nachweis des eingetragenen Verzichts auf eine Revision zu erbringen oder einen Barvorschuss von Fr. 8'000.— zu leisten, innert Frist nicht nachkam, ordnete der Einzelrichter mit Verfügung vom 23. April 2009 androhungsgemäss die Auflösung und Liquidation der Beschwerdeführerin nach den Vorschriften über den Konkurs an. Dagegen rekurrierte die Beschwerdeführerin. Das Obergericht wies mit Beschluss vom 22. Juni 2009 den Rekurs ab und bestätigte die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich (angefochtener Beschluss, KG act. 2, S. 2 ff.). Gegen diesen Beschluss richtet sich das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2009, mit welchem sie Nichtigkeitsbeschwerde erhebt (KG act. 1). Mit Schreiben vom 26. Juni 2009 orientierte die Kanzlei des Kassationsgerichts die Beschwerdeführerin über die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde und dass es der Beschwerdeführerin freistehe, innert der Beschwerdefrist die Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne der genannten Anforderungen zu begründen (KG act. 5). Ebenfalls mit Schreiben vom 26. Juni 2009 wurde den Vorinstanzen und dem Beschwerdegegner Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 6). Weitere Eingaben sind im vorliegenden Verfahren nicht erfolgt. Insbesondere ist innert der am 24. Juli 2009 abgelaufenen Frist (OG act. 18/1; § 287 ZPO i.V.m. § 140 Abs. 2 GVG sowie Hinweis auf den Fristenlauf in den Gerichtsferien in KG act. 2 Ziff. 6) zur Erhebung und Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde keine Begründung derselben erfolgt.

2. Da sich die Nichtigkeitsbeschwerde sofort als unzulässig erweist (nachfolgend Erw. 3), kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten -

von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben und vom Beschwerdegegner eine Beschwerdeantwort einzuholen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

3. a) Das Kassationsverfahren stellt seiner besonderen Natur nach keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist vielmehr allein, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 der Zivilprozessordnung (ZPO) leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger, der anzugeben hat, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfechtet und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat der Beschwerdeführer sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid (hier: dem obergerichtlichen Beschluss vom 22. Juni 2009) und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen. In der Beschwerdebegründung sind die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 80). Wird die Nichtigkeitsbeschwerde diesen Anforderungen nicht gerecht, hat dies zur Folge, dass auf sie nicht einzutreten ist.

Aus dem Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde folgt, dass neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung

des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende (Sach-)Richter (Vorinstanz) zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind (sog. Novenverbot); das gilt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 115 ZPO erfüllt wären (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7b zu § 115 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.; ZR 76 Nr. 26, 102 Nr. 3 Erw. 5.2 b/bb, RB 1996 Nr. 121).

b) Die vorliegende Beschwerde (KG act. 1) vermag den eben skizzierten, zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auch von einer rechtsunkundigen Partei zu beachtenden gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise zu genügen: So fällt in formeller Hinsicht zunächst auf, dass darin keine konkreten Abänderungs- bzw. Rechtsmittelanträge gestellt werden und auch konkrete Hinweise auf bestimmte Stellen im angefochtenen Entscheid oder auf andere Aktenstellen vollends fehlen. Selbst wenn man davon ausgeht, die Beschwerdeführerin verlange sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses vom 22. Juni 2009 sowie – letztlich – die Abweisung des Begehrens des Beschwerdegegners um Erlass der erforderlichen Massnahmen infolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der Beschwerdeführerin, enthält ihr Schreiben vom 25. Juni 2009 keine Bezugnahme auf die entscheidrelevanten Erwägungen der Vorinstanz. Ebenso wenig wird in der einseitigen Beschwerde auch nur ansatzweise aufgezeigt, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme oder Verletzung klaren materiellen Rechts) behaftet wäre. Soweit die Beschwerdeführerin auf die „Eingabe der öffentlichen Urkunde und der vom Handelsregisteramt des Kantons Zürich geforderten Statutenänderung, sowie einer Kopie der Handelsregisteramtanmeldung und dem Formular für das Opting out“ verweist, sind diese Unterlagen, welche erstmals im Verfahren des Kassationsgerichts eingereicht werden, und mehrheitlich nach dem angefochtenen Entscheid datieren (KG act. 3/3-6), aufgrund des Novenverbotes (vgl. oben 3.a) zum vorneherein nicht geeignet, einen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Somit kann mangels rechtsgenügender Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (§ 288 ZPO und vorne Erw. 3a).

4. Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb ihr die Kosten aufzuerlegen sind.

Nach § 68 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis, wie ihr Kosten auferlegt werden, für Kosten und Umtriebe zu entschädigen. Vorliegend ist mangels erheblicher Umtriebe des Beschwerdegegners davon abzusehen, ihm eine Prozessentschädigung zuzusprechen.

5. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer Zivilsache weder miet- noch arbeitsrechtlicher Natur. Da es um die Auflösung einer Aktiengesellschaft mit finanzieller Zwecksetzung geht (vgl. ER act. 2/1), ist sie im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis zudem als vermögensrechtlich zu qualifizieren (s.a. Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, S. 1387 ff.). Demzufolge steht gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG nur unter der Voraussetzung offen, dass deren (Rechtsmittel-)Streitwert über Fr. 30'000.-- liegt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Ob dies zutrifft, entscheidet das Bundesgericht nach Ermessen (vgl. Art. 51 Abs. 2 BGG). Sollte es dabei zum Schluss kommen, der Streitwert liege unter dem genannten Betrag, wäre gegen den vorliegenden Erledigungsentscheid die Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine (der bundesgerichtlichen Prüfung zugängliche) Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Andernfalls stünde gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen.

Ferner beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur allfälligen (direkten) Anfechtung des obergerichtlichen Entscheids mittels Beschwer-

de ans Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht entzogen ist, (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; s.a. KG act. 2 S. 6, Ziff. 6 Abs. 3, und BGer 4A_216/2008 vom 20.8.2008, Erw. 1.2).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.—.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Die Zulässigkeit einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, insbes. Art. 72 ff., 90 ff. und 113 ff.). Eine allfällige Beschwerde oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde wäre schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe innert 30 Tagen nach Empfang dieses Beschlusses beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Zivilsache. Das Aktienkapital der Beschwerdeführerin beträgt Fr. 100'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 22. Juni 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (Prozess-Nr. NL090072), den Einzelrichter im summari-

schen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (Prozess-Nr. EO090054), das Konkursamt Riesbach-Zürich und das Betreibungsamt Zürich 8, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: