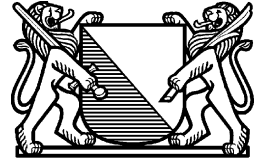


# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110011-O

## II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

### Urteil vom 14. Februar 2011

in Sachen

**Kanton Zürich,**

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Handelsregisteramt Kanton Zürich, Bleicherweg 5, Postfach,  
8022 Zürich,

gegen

**A.**,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 25. Januar 2011 (EO110002)

## Erwägungen:

### 1. Prozessgeschichte

1.1. Nachdem der Präsident des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (nachstehend Berufungsbeklagte) B.\_\_\_\_\_ sowie C.\_\_\_\_\_ (Mitglied des Verwaltungsrats) und zuvor auch D.\_\_\_\_\_ (ebenfalls Mitglied des Verwaltungsrats) am 3. November 2010 bzw. am 23. Juni 2010 ihre Löschungen im Handelsregister des Kantons Zürich angemeldet hatten, war die Berufungsbeklagte (mit Sitz in Zumikon) nicht mehr gehörig im Sinne von Art. 707 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 718 Abs. 3 und Abs. 4 OR vertreten (vgl. dazu den Handelsregisterauszug vom 28. November 2011 als act. 12/1). Gemäss diesen Gesetzesbestimmungen besteht der Verwaltungsrat der Gesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern (Art. 707 Abs. 1 OR), wovon mindestens ein Mitglied zur Vertretung befugt sein muss (Art. 718 Abs. 3 OR). Überdies muss die Gesellschaft durch eine Person vertreten sein, die Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 718 Abs. 4 OR).

Deshalb setzte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachstehend Berufungskläger) – vertreten durch das Handelsregisteramt des Kantons Zürich – der Berufungsbeklagten mit Einschreiben vom 11. November 2010 Frist an, innert 30 Tagen den gesetzmässigen Zustand bezüglich ihrer Organe wieder herzustellen (act. 12/2 = act. 3). Dieses Schreiben ging der Berufungsbeklagten am 26. November 2010 zu (act. 12/2 letzte Seite).

1.2. Da sich die Berufungsbeklagte innert Frist nicht vernehmen liess, machte der Berufungskläger mit Eingabe vom 10. Januar 2011 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen folgendes Rechtsbegehren anhängig (act. 1):

"Infolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der Gesuchsgegnerin seien die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen; dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

1.3. Mit Verfügung vom 11. Januar 2011 setzte die Vorinstanz den Parteien unter Hinweis auf Art. 252 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. c und Art. 91 ZPO eine 10-tägige Frist an zur Bezifferung des Streitwerts der Klage bzw. des Gesuchs. Die Vorin-

stanz vertrat die Auffassung, dass es sich bei Verfahren um Beseitigung eines Organisationsmangels um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handle (act. 4).

1.4. Innert Frist liessen sich weder die Parteien noch die Revisionsstelle der Berufungsbeklagten verlauten (act. 5/1-2), weshalb die Vorinstanz den Streitwert gestützt auf Art. 91 Abs. 2 ZPO anhand des Aktienkapitals der Berufungsbeklagten von Fr. 3'587'500.– auf über Fr. 30'000.– festsetzte. Mit Verfügung vom 25. Januar 2011 trat die Vorinstanz – in Anwendung von § 45 lit. c GOG i.V.m. Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO bzw. mangels sachlicher Zuständigkeit – auf das klägerische Begehren nicht ein (act. 6 = act. 8).

1.5. Hiegegen erhob der Berufungskläger bei der Kammer fristgerecht mit Schreiben vom 28. Januar 2011 Berufung mit folgendem Antrag (act. 10):

"Die Sache sei an die Vorinstanz zur Ergreifung der erforderlichen Massnahmen infolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation zurückzuweisen."

1.6. Nachdem die vorinstanzlichen Akten beigezogen wurden (act. 9), erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## 2. Prozessuales

Das erstinstanzliche Verfahren wurde mit Eingabe an die Vorinstanz vom 10. Januar 2011 anhängig gemacht. Demnach richtet sich das Verfahrensrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Art. 404 ZPO e contrario). Entsprechend unterliegt der erstinstanzliche Entscheid – wie die Vorinstanz dies in Dispositivziffer 5 ihrer Verfügung vom 25. Januar 2011 zutreffend festgehalten hat (act. 8 S. 3) – der Berufung mit abgekürzter Frist und mit aufschiebender Wirkung (Art. 250 lit. c Ziff. 6 und Art. 308 Abs. 1 lit. a. i.V.m. Art. 236 und Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 315 Abs. 1 ZPO). Für die Frage der sachlichen Zuständigkeit ist das kantonale Ausführungsgesetz, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG), anwendbar.

### 3. Materielles

3.1. Der Berufungskläger macht in seiner Berufungsschrift geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht auf sein Gesuch eingetreten. Es handle sich vorliegend um ein summarisches Verfahren *ohne* vermögensrechtliche Interessen (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO), weshalb die sachliche Zuständigkeit gemäss § 24 lit. c GOG beim Einzelrichter am Bezirksgericht sei. So stelle ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b und Art. 941a Abs. 1 OR entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine vermögensrechtliche Streitigkeit dar, weshalb auch nicht davon ausgegangen werden könne, der Streitwert läge gestützt auf das Aktienkapital der Berufungsbeklagten bei über Fr. 30'000.–. Vorliegend ruhe der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs gerade nicht im Vermögensrecht, denn mit der Klage bzw. dem Gesuch würde einerseits kein wirtschaftlicher Zweck verfolgt und andererseits sei das Handelsregisteramt gesetzlich verpflichtet, dem Gericht die Ergreifung der erforderlichen Massnahmen zu beantragen. Die behauptete Zuständigkeit des Präsidenten des Handelsgerichts als Einzelgericht im Sinne von § 45 lit. c GOG sei somit falsch, weshalb die Sache der Vorinstanz zwecks Ergreifung der erforderlichen Massnahmen zurückzuweisen sei (act. 10).

3.2. Zunächst ist festzuhalten, dass die Kammer bislang (ebenfalls) die Auffassung vertrat, Organisationsmängel stellten keine vermögensrechtliche Streitigkeit dar (so zuletzt NL100225/Beschluss vom 31. Januar 2011 und LF110004/Beschluss vom 3. Februar 2011; beide Entscheide basierten bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens auf der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich [LS 271]). Im Lichte der per 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) drängt sich jedoch eine Praxisänderung auf:

3.2.1. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für das Vorliegen einer vermögensrechtlichen Zivilsache massgebend, ob der Rechtsgrund des Anspruchs *letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck* verfolgt wird (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 102 [Online-Stand 08.02.2011] mit Verweis auf BGE 118 II 528, E. 2.c, BGE 116 II 379, E. 2.a, BGE 108 II 77, E. 1.a). Wenn auf den ersten Blick auch nicht offensichtlich, so wurden beispielsweise der Streit um Mutationen im

Verwaltungsrat, der Wechsel der Revisionsstelle oder eine Statutenänderung bei einer Aktiengesellschaft als vermögensrechtlich beurteilt (BGer 4A\_24/2007 vom 22. Juni 2007, vgl. auch BGer 4A\_321/2008 vom 5. August 2010; BGer 4A\_351/2008 vom 5. August 2010; BGer 4A\_278/2010 vom 8. Juli 2010 und BGer 4A\_106/2010 vom 22. Juni 2010). Gleich entschied das Bundesgericht auch für den Organisationsmangel (Entscheid 4A\_106/2010 vom 22. Juni 2010, nicht publizierte Erw. 6 von BGE 136 III 369).

3.2.2. Auch das an die Vorinstanz gerichtete Gesuch des Berufungsklägers um Ergreifung der erforderlichen Massnahmen im Sinne von Art. 731b OR i.V.m. Art. 941a OR ist mit einem *vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden* und verfolgt *letztlich einen wirtschaftlichen Zweck*, nämlich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und damit die Fortführung der Geschäftstätigkeit (Zweck) der Berufungsbeklagten. Daraus folgt, dass das Gesuch als vermögensrechtlicher Anspruch zu qualifizieren ist.

3.3. Stehen vermögensrechtliche Interessen im Streit, so haben die Parteien zusammen mit der Klage bzw. dem Gesuch den Streitwert anzugeben (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 91 ZPO). Dem Streitwert kommt eine vielfältige prozessuale Bedeutung zu. Er ist ein wichtiges Element zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit der ersten Instanz, aber auch für das anwendbare Verfahren und für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln. Nicht zuletzt dient er als Parameter für die nach den kantonalen Tarifen festzusetzenden Gerichtskosten und Parteientschädigungen (Diggelmann, a.a.O., Art. 91 N 103).

Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einig sind oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Das selbe gilt, wenn sich die Parteien nicht verlauten lassen, wie dies vorliegend vor Vorinstanz der Fall war (act. 4 und act. 5/1-2 sowie act. 8 S. 2).

3.3.1. Die Auflösung einer Gesellschaft hat dann den gesamten Wert der gemeinsamen Vermögenswerte als Streitwert, wenn die Liquidation an sich bestritten ist (BGE 94 II 122, wo das Bestehen einer Gesellschaft streitig war), andernfalls den

(behaupteten) Liquidationsanteil des Klägers (Diggelmann, a.a.O., Art. 91 N 164). Analog hiezu rechtfertigt es sich, bei Verfahren betreffend Organisationsmängel von Aktiengesellschaften zur Ermittlung des Streitwerts auf das Aktienkapital der Gesellschaft abzustellen, sieht das Gesetz nämlich – wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (act. 8 S. 2) – bei Nichtwiederherstellung des rechtmässigen Zustands in der Organisation als letzte Massnahme die Auflösung der Gesellschaft (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) vor (zur Bestimmung des Streitwerts anhand des Aktienkapitals siehe auch BGer 4A\_278/2010 vom 8. Juli 2010, Erw. 6 und BGer 4A\_106/2010 vom 22. Juni 2010, Erw. 6). Die Bestimmung des Streitwerts anhand des Aktienkapitals erweist sich aber auch insofern als sinnvoll bzw. praktikabel, als das Aktienkapital unmittelbar aus dem Handelsregisterauszug ersichtlich ist und andere Angaben, insbesondere dann, wenn sich seitens der Gesellschaft niemand verlauten lässt, oftmals nicht vorhanden sind.

3.3.2. Das Aktienkapital der Berufungsbeklagten beträgt gemäss dem von der Berufungsklägerin eingereichten Handelsregisterauszug Fr. 3'587'500.– (act. 12/1). Daraus erhellt ohne Weiteres, dass der Streitwert auf über Fr. 30'000.– anzusetzen ist. Dies hat zur Folge, dass entgegen der Ansicht des Berufungsklägers die sachliche Zuständigkeit nicht beim Einzelgericht im summarischen Verfahren liegt (§ 24 lit. c GOG), sondern beim Präsidenten des Handelsgerichts oder bei einem von ihm bezeichneten Mitglied (§ 45 lit. c GOG). Gemäss dieser Bestimmung entscheidet der Präsident oder das Mitglied als einzige Instanz und als Einzelgericht, wenn es sich um Streitigkeiten gemäss Art. 250 lit. c ZPO handelt und der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt. Entsprechend hält § 24 lit. c GOG denn auch fest, dass die Angelegenheiten im summarischen Verfahren (2. Teil, 5. Titel ZPO, Art. 248 ff. ZPO) nur dann vom Einzelgericht zu entscheiden sind, *wenn sie keiner anderen Instanz zugewiesen sind*.

Da das gesetzliche Minimum des Aktienkapitals Fr. 100'000.– beträgt (Art. 621 OR), und mit einer GmbH regelmässig ein Umsatz von über den Fr. 20'000.– des minimalen Stammkapitals (Art. 773 OR) bezweckt ist, dürften Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO kaum je einen Streitwert von weniger als Fr. 30'000.– aufweisen.

3.4. Da gemäss obigen Ausführungen die Voraussetzungen von § 45 lit. c GOG erfüllt sind, hat die Vorinstanz ihre Zuständigkeit somit zurecht verneint. Demzufolge ist die Berufung abzuweisen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen vom 25. Januar 2011 zu bestätigen.

Die kantonalen Grundlagen für eine Prozessüberweisung (§ 112 ZPO/ZH, § 194 GVG) sind aufgehoben, und in der neuen ZPO gibt es keine analoge Norm. Der Berufungskläger sei jedoch darauf hingewiesen, dass als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit einer Eingabe, auf die nicht eingetreten wurde, die jedoch innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid (oder dessen zweitinstanzlicher Bestätigung) beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird, das Datum der ersten Einreichung gilt (Art. 63 ZPO).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Auch wenn die Bestimmung des Streitwerts im vorliegenden Verfahren anhand des Aktienkapitals bzw. des effektiven Werts der Berufungsbeklagten erfolgt, bedeutet dies nicht, dass zur Festlegung der Gerichtsgebühr eine mathematisch genaue Rechnung im Sinne von § 4 ff. der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) vorzunehmen ist, würde dies bei einem Streitwert wie dem vorliegenden von über Fr. 3'500'000.– selbst unter Berücksichtigung der üblichen Reduktionsgründe im Sinne von § 4 Abs. 2 und § 8 i.V.m. § 12 GebV OG zu einer unverhältnismässig hohen Gerichtsgebühr (und auch Parteientschädigung, soweit sich diese nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 richtet) führen. Nach dem Verfassungsrang geniessenden Äquivalenzprinzip käme eine Gebühr von wenigen tausend Franken in Frage. Da dem Kanton Zürich gestützt auf § 200 lit. a GOG i.V.m. Art. 154 Abs. 3 HRegV allerdings keine Gerichtskosten auferlegt werden dürfen, ist das vorliegende Berufungsverfahren ohnehin kostenlos, womit sich weitere Ausführungen hiezu erübrigen.

4.2. Die Berufungsbeklagte wurde im vorliegenden Verfahren nicht angehört. Daher ist ihr kein Aufwand entstanden, den es zu entschädigen gilt.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen vom 25. Januar 2011 wird bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Entscheidgebühren erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Beilage der Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Meilen, je gegen Empfangsschein.
4. 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 über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 14. Februar 2011

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: