

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 25. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

betreffend

Wiedereintragung im Handelsregister

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. April 2014 (EO140001)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Wiedereintragung der B._____ AG in Liquidation ins Handelsregister des Kantons Zürich anzuordnen;
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen".

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 24. April 2014
(act. 8 = act. 10):

- "1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel".

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (act. 9 S. 2):

- "1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Horgen vom 24. April 2014 (Geschäfts-Nr.: EO140001-F) aufzuheben und die Wiedereintragung der B._____ AG in Liquidation ins Handelsregister des Kantons Zürich anzuordnen;
2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirksgerichts Horgen vom 24. April 2014 (Geschäfts-Nr.: EO140001-F) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Horgen zurückzuweisen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt".

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsteller verlangt die Wiedereintragung der im Jahr 2001 gelöschten B._____ AG in Liquidation. Es geht ihm darum, den Eintrag einer Grundschuld auf seinem Grundstück zu Gunsten der B._____ AG in der Höhe von DM

80'000 im Gebäudegrundbuch löschen zu lassen. Ohne eine aktuelle Bewilligung habe das zuständige deutsche Gericht die Löschung verweigert.

2. Der Gesuchsteller gelangte mit Eingabe vom 10. Juni 2013 an das Handelsgericht des Kantons Zürich (act. 3/5). Mit Verfügung vom 25. Juni 2013 trat dieses auf das Gesuch um Wiedereintragung der B._____ AG in Liquidation nicht ein (act. 3/5 S. 4). Zur Begründung führte es an, dass eine gelöschte Rechtseinheit gemäss Art. 164 Abs. 1 HRegV im Handelsregister wieder eingetragen werden könne. Dabei handle es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäss Art. 1 lit. b ZPO, die gemäss Art. 248 lit. e ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sei. In der Lehre werde vertreten, dass dasjenige Gericht, welches die seinerzeitige Löschung angeordnet habe, auch für die Wiedereintragung zuständig sei. Für die Anordnung der Liquidation nach den Bestimmungen des Konkurses sei unbestrittenermassen das Handelsgericht zuständig (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO i.V.m. Art. 45 lit. c GOG). Der Verweis in § 45 lit. c GOG beschränke sich allerdings auf "Streitigkeiten", weshalb Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht darunter fallen würden.

3. Angesichts dieses Nichteintretensentscheides reichte der Gesuchsteller sein Gesuch bei der Vorinstanz ein und damit beim Einzelgericht an demjenigen Ort, an dem die B._____ AG in Liquidation vor der Löschung ihren Sitz gehabt hatte (act. 1 S.4). Inhaltlich sei das Gesuch deshalb begründet, weil es keinen anderen Weg gebe, wie der Gesuchsteller sein Anliegen – die Löschung der Grundschuld – erreichen könne (act. 1 S. 4). Die Vorinstanz trat auf das Gesuch des Gesuchstellers ebenfalls nicht ein (act. 8 S. 10). Sie begründet ihren Entscheidung damit, dass es sich zwar auch nach ihrer Ansicht um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 248 lit. e ZPO handle, wofür das Einzelgericht gemäss § 24 lit. c GOG unter Vorbehalt der Zuständigkeit anderer Instanzen zuständig sei. Der Vorbehalt könne sich auf das Handelsgericht des Kantons Zürich bzw. das dortige Einzelgericht beziehen, weil das Handelsgericht für "Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften" gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO zuständig sei (§ 44 lit. b GOG). Die Zuständigkeit des Einzelgerichts hänge damit von der Unzuständigkeit des Handelsgerichts ab

(act. 8 S. 4 f.). Die Zuständigkeit des Handelsgerichts leite sich in der vorliegenden Angelegenheit aus Art. 6 Abs. 4 ZPO sowie §§ 44 f. GOG ab: es handle sich um Handelsrechtliches mit einem Streitwert von mindestens Fr. 30'000. Zur Wiedereintragung gemäss Art. 164 HRegV gebe es keine höchstrichterlichen Entscheide. Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen habe sich in einer Wiedereintragungsangelegenheit für zuständig gehalten (HG.2012.43-HGP vom 12. März 2012) und die einzige Stimme in der Lehre – David Rüetschi, in: Siffert/Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung, Handkommentar, Bern 2013, N. 35 zu Art. 164 – die sich ausdrücklich zur Zuständigkeit äussere, bejahe diese ebenfalls (act. 8 S. 5). Der Streitwert liege bei über Fr. 30'000.--, wenn auf das nominale Aktienkapital der B._____ AG abgestellt werde. Naheliegender sei, an das wirtschaftliche Interesse des Gesuchstellers anzuknüpfen, dem es um die Löschung der Grundbuchsschuld von DM 80'000.– gehe (act. 8 S. 6). Die Wiedereintragung sei das Gegenstück zur Auflösung wegen Organisationsmängeln (Art. 731b Abs. 3 Ziff. 3 OR). Was das Tatbestandsmerkmal "Streitigkeit" anbelange, ergebe sich aus den einschlägigen Normen nichts, wobei die Kriterien gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO von Zweiparteienverfahren ausgingen. Allerdings gebe es bezüglich handelsgerichtlicher Zuständigkeit keinen Entscheid, der die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschliesse und es seien keine Meinungen ersichtlich, die wegen des Begriffs "Streitigkeit" bei allen Anwendungsbereichen von Art. 6 ZPO die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit ausschliessen würden (act. 8 S. 7). "Streitigkeit" deute zwar tatsächlich auf eine Auseinandersetzung zwischen mindestens zwei Beteiligten hin (act. 8 S. 7). Zu suchen sei jedoch nach einer "sachlich richtigen Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis" (BGE 139 III 457 E. 4.4). Sinn und Zweck sei es, eine einzige kantonale Fachinstanz für handels- und gesellschaftsrechtliche Fragen zu haben. Dass sich solche Fragen ausnahmsweise auch in einem Einparteienverfahren stellen könnten, dürfe nicht ausschlaggebend sein, da es primär um die Verwirklichung des materiellen Rechts gehe. Anders als hinsichtlich des vereinfachten Verfahrens, das für das Handelsgericht explizit ausgeschlossen worden sei, fehle ein solcher Hinweis bezüglich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

4. Der Gesuchsteller hält im Berufungsverfahren an der Zuständigkeit des Einzelgerichts fest (act. 9 Rz 15). Eine Streitigkeit sei unter den kumulativen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sei. Der Gesuchsteller sei eine natürliche Person, die in keinem Handelsregister eingetragen sei, so dass keine handelsrechtliche Streitigkeit vorliege (act. 9 Rz 31 f.). Die Kantone könnten das Handelsgericht auch für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften zuständig erklären (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO). Auch gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO bzw. § 45 lit. c GOG sei das Handelsgericht zur Beurteilung der Wiedereintragung nicht zuständig (act. 9 Rz 33), weil sich Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO und der Verweis in § 45 lit. c GOG auf "Streitigkeiten" beziehe. Was mit "Streitigkeit" gemeint sei, sei nicht "etwas zu unscharf", wie die Vorinstanz meine, sondern im Gegenteil klar und deutlich (act. 9 Rz 35). Zivilstreitigkeiten seien kontradiktorische Verfahren, was auf die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit gerade nicht zutrefte (act. 9 Rz 34). Dass zwischen streitig und unstreitig unterschieden werden müsse, ergebe sich u.a. auch aus Art. 1 lit. a und b ZPO. Schliesslich sei – wenn es darauf ankäme – die Wiedereintragung kein Anliegen aus dem Recht der Handelsgesellschaften.

5. Vorab ist festzuhalten, dass im Kanton Zürich erstinstanzliche selbständige Summarsachen (d.h. Verfahren ausserhalb von pendenten Hauptprozessen), in die Zuständigkeit der Einzelgerichte fallen, sei es am Bezirks- oder sei es am Handelsgericht.

a) Eine Wiedereintragung gemäss Art. 164 HRegV ist nicht der umgekehrte Fall der in Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO aufgeführten Fälle von Art. 731b, Art. 819 und 908 OR. Bei den letzteren geht es um die Behebung von Organisationmängeln, während die Wiedereintragung erforderlich wird, wenn sich Angelegenheiten nicht ohne die Existenz eines bestimmten Rechtssubjekts abwickeln lassen. Aus einem Umkehrschluss kann die Zuständigkeit des handelsgerichtlichen Einzelgerichts daher nicht hergeleitet werden.

b) Sowohl das Handelsgericht als auch die Vorinstanz und die Lehre (Rüetschi, SHK- HRegV, N. 33 zu Art. 164) gehen davon aus, dass es sich bei der

Wiedereintragung um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, wovon die Kammer ebenfalls ausgeht. Entscheidend ist, dass es sich um ein Einparteienverfahren handelt (Rüetschi, SHK- HRegV, N. 32 zu Art. 164; vgl. allgemein auch KuKo ZPO-Jent-Sørensen, N. 34 zu Art. 248). Umstritten ist hingegen, ob gesetzliche Zuständigkeiten für "Streitigkeiten" auch Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit umfassen.

c) Die Unterscheidung ist nicht neu. So schreibt etwa Max Guldener (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 41): "Unter streitiger Gerichtsbarkeit ist die Rechtsanwendung durch Gerichte im Zweiparteiensystem zu verstehen. Die Bezeichnung der Gerichtsbarkeit als streitige erklärt sich daraus, dass sich die beiden beteiligten Parteien in der Regel im Widerstreit befinden". Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 1943, das bis zum Inkrafttreten des BGG galt, unterschied zwischen Berufung (Art. 43 OG) und Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 OG), wobei die Zuordnung massgeblich davon abhing, ob eine Zivilstreitigkeit oder eine Zivilsache beurteilt werden musste (vgl. Art. 43a Abs. 2 OG, Art. 44 OG, Art. 68 Abs. 1 OG). Weiter wird etwa erwähnt, dass "die Zivilgerichtsbarkeit in den meisten Rechtsordnungen in die streitige und in die nichtstreitige Gerichtsbarkeit unterteilt wird (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 360). Wer vor diesem Hintergrund den Begriff "Streitigkeit" verwendet, erweckt den Eindruck, dass er ein kontradiktorisches Verfahren meint. Das entspricht auch dem umgangssprachlichen Verständnis, wonach an einem Streit mindestens zwei Personen beteiligt sein müssen. Die Vorinstanz räumt auch ein, dass das Merkmal der "Streitigkeit" auf eine formelle Beteiligung von zwei Parteien hindeute.

d) Die Vorinstanz weist auf BGE 139 III 457 E. 4.4 hin; hier habe das Bundesgericht im Zusammenhang mit der handelsgerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 6 ZPO festgehalten, dass der Wortlaut bei der Gesetzesauslegung anerkanntermassen nur einer von mehreren Parametern sei. An der erwähnten Stelle steht Folgendes: "Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden.

Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis* ...".

Auch wenn hier nicht strikte nachgewiesen wird, dass bei der Verwendung des Begriffs "Streitigkeit" kontradiktorische Verfahren gemeint sind, liegt die Beschränkung auf kontradiktorische Verfahren nach dem Gesagten näher als das von der Vorinstanz in ihrem Entscheid sorgfältig begründete abweichende Ergebnis. Dass sich mit der Zuständigkeit des Handelsgerichts die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts im Bereich des Gesellschaftsrechts besser verwirklichen lasse, gilt letztlich nicht vorbehaltlos. Anzumerken ist, dass die Setzung einer Streitwertgrenze von Fr. 30'000 in § 45 lit. c GOG einer generellen Behandlung solcher Verfahren durch das Einzelgericht am Handelsgericht ohnehin entgegensteht. Das wird noch verstärkt durch die Art, wie der Streitwert berechnet wird: Wiedereintragungsverfahren sind nach dem Bundesgericht vermögensrechtlich, wobei die wirtschaftliche Bedeutung der Wiedereintragung für den Antragsteller massgeblich sein soll (vgl. BGer 4A_465/2008 E. 1.5; BGer 4A_16/2010, E. 1). Damit wird nicht auf den (zugegebenermassen kaum zu ermittelnden) Wert der gesellschaftsrechtlichen Frage (um die es an sich geht) abgestellt, sondern auf das individuelle Interesse des Gesuchstellers, so dass zwei identische Wiedereintragungsverfahren bezüglich der gleichen Gesellschaft völlig verschiedene Streitwerte haben können.

Die Vorinstanz weist auf einen Entscheid des St. Galler Handelsgerichts betreffend Wiedereintragung hin, das den Fall im gleichen Sinn entschieden habe. Im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 4 ZPO, der den Kantonen eine Wahlfreiheit gibt, ist der Blick auf die Praxis der anderen Handelsgerichtskantone allerdings weniger wichtig (vgl. ZK ZPO-Rüetschi, N. 34 zu Art. 6). Anzumerken ist, dass das Handelsgericht des Kantons Bern neulich seine Zuständigkeit für eine Wiedereintragung verneint hat (HG 14 9, Entscheid vom 14. Februar 2014; http://www.justice.be.ch/justice/de/index/entscheide/entscheide_rechtsspre

chung/entscheide/zivilabteilung_obergericht.html): "Das vorliegende Gesuch um Wiedereintragung betrifft nun, wie festgestellt, die freiwillige Gerichtsbarkeit. ... Freiwillige Gerichtsbarkeit beschlägt damit nichtstreitige Verfahren ... Damit liegt aber gerade keine Streitigkeit vor ...".

Überzeugt die Ansicht, die sachliche Zuständigkeit liege bei der Vorinstanz, so ist ihr Nichteintretensentscheid aufzuheben und die Sache an sie zur Behandlung in der Sache zurückzuweisen. Eine direkte Erledigung durch die Kammer fällt wegen der Beachtung des Instanzenzuges nicht in Betracht, hat doch die Vorinstanz in der Sache noch nicht entschieden.

II.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Der Berufungskläger verlangt eine Entschädigung. Hierfür besteht keine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Horgen vom 24. April 2014 wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens fallen ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine Angelegenheit. Der Streitwert beträgt DM 80'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: