

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 11. Dezember 2020

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH in Liquidation,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend

erforderliche Massnahmen nach Art. 731b OR

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. August 2020 (EO200013)

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren;
 2. Eventualiter sei ein Sachwalter für die Beklagte zu ernennen;
 3. Subeventualiter sei der Beklagten unter Androhung ihrer Liquidation eine Frist von 30 Tagen anzusetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten."

Verfügung des Einzelgerichts

(act. 19)

- " 1. Auf das Gesuch vom 29. Mai 2020 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'000.– und der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Von der Zusprechung einer Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin wird abgesehen.

[Mitteilung / Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 20 S. 2):

- " 1. In Gutheissung der Berufung sei die Verfügung der Vorinstanz vom 11. August 2020 (Geschäftsnummer Vorinstanz: EO200013) aufzuheben und
 - die Berufungsbeklagte nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren;
 - eventualiter ein Sachwalter für die Berufungsbeklagte zu ernennen;
 - subeventualiter der Berufungsbeklagte unter Androhung ihrer Liquidation eine Frist von 30 Tagen anzusetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist;
2. Eventualiter sei in Gutheissung der vorliegenden Berufung die Verfügung der Vorinstanz vom 11. August 2020 (Geschäftsnummer Vorinstanz: EO200013) aufzuheben und die Sache an die

Vorinstanz zur weiteren Behandlung und materiellen Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten."

der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (act. 28 S. 2):

- " 1. Es sei auf die Berufung nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei über die Berufung zu entscheiden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegnerin) ist eine sich in Liquidation befindende GmbH. Nachdem sie ihr Domizil am ... [Adresse] , per tt. August 2017 (vgl. act. 3/6) eingebüsst und in der Folge nicht innert ihr gestützt auf Art. 153 HRegV angesetzter Frist ein neues Domizil bekannt gegeben hatte, wurde die Gesuchsgegnerin mit Verfügung des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich vom 8. Januar 2018 (act. 3/11) gestützt auf Art. 153b HRegV von Amtes wegen aufgelöst. Ferner wurde die bisherige Geschäftsführerin der Gesuchsgegnerin, Frau C._____, als alleinige Liquidatorin eingesetzt (vgl. act. 3/3; act. 3/11; act. 3/8).

2. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.____ [Ortschaft]. Mit Eingabe vom 29. Mai 2020 machte sie beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren (nachfolgend Vorinstanz), gestützt auf Art. 731b OR ein Gesuch um Ergreifung der erforderlichen Massnahmen zur Behebung von Mängeln in der Organisation der Gesuchsgegnerin mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Ihre Aktivlegitimation stützt sie – als Gläubigerin der Gesuchsgegnerin – auf eine behauptete Forderung aus verschiedenen Schadensereignissen in der Höhe von insgesamt Fr. 39'345'758.– (act. 1 Rz. 12, 14 ff.). Die Gesuchstellerin macht zum einen geltend, es mangle der Gesuchsgegnerin an einem funktionsfä-

higen Organ, weil die vom Handelsregisteramt eingesetzte Liquidatorin, Frau C._____, seit ihrer Einsetzung – offenbar aus gesundheitlichen Gründen – vollständig untätig geblieben und zudem nie erreichbar gewesen sei. Zum anderen beruft sie sich auf das nach wie vor fehlende Domizil der Gesuchsgegnerin (act. 1 Rz. 18 ff., 28 ff., 31 ff.).

3. Mit Verfügung vom 12. Juni 2020 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um sich zur Frage des Streitwerts bzw. der sachlichen Zuständigkeit zu äussern. Die Gesuchstellerin kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 19. Juni 2020 (act. 10) nach; die Gesuchsgegnerin verzichtete auf eine Stellungnahme (act. 13). In der Folge trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 11. August 2020 auf das Gesuch nicht ein (act. 19).

4. Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. August 2020 rechtzeitig (vgl. act. 15) Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge. Mit Verfügung vom 25. August 2020 (act. 23) wurde von der Gesuchstellerin ein Kostenvorschuss verlangt und die Prozessleitung delegiert. Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 25). Der Gesuchsgegnerin wurde mit Verfügung vom 8. September 2020 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 26). Mit Eingabe vom 21. September 2020 reichte sie die Berufungsantwort rechtzeitig ein und beantragte, es sei mangels Rechtsschutzinteresses auf die Berufung nicht einzutreten (act. 28). Diese Eingabe ist der Berufungsklägerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-17). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

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). Wie noch darzulegen sein wird, beläuft

sich der Streitwert vorliegend auf Fr. 20'000.– (dazu unten, E. IV.), weshalb der vorinstanzliche Entscheid ohne Weiteres mit Berufung anfechtbar ist.

Nach der Auffassung der Vorinstanz soll der Streitwert Fr. 30'000.– "deutlich übersteigen" (act. 19 S. 6). Demzufolge erweist sich ihre Rechtsmittelbelehrung, wonach gegen den angefochtenen Entscheid Beschwerde erhoben werden könne (act. 19 S. 7), als offensichtlich unrichtig. Davon ging die Berufungsklägerin zu Recht aus und bezeichnete ihr Rechtsmittel zutreffend als Berufung (act. 20 Rz. 3).

2.

2.1. Die Gesuchsgegnerin spricht der Gesuchstellerin ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse ab und beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten. Inzwischen verfüge die Gesuchstellerin über einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl für eine Forderung gegen die Gesuchsgegnerin, und sie habe in der fraglichen Betreuung auch bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt, woraufhin der Gesuchsgegnerin am 24. August 2020 der Konkurs angedroht worden sei. Somit könne die Gesuchstellerin nunmehr – auch ohne das vorliegende Verfahren betreffend Organisationsmängel – ohne Weiteres das Konkursbegehren stellen und damit erreichen, dass über die Gesuchsgegnerin der Konkurs eröffnet werde. Insofern fehle es der Gesuchstellerin mit Bezug auf ihren Hauptantrag, es sei die Gesuchsgegnerin nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren, an einem hinreichenden Rechtsschutzinteresse (act. 28 Rz. 4 ff.).

2.2. Im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens entspricht das gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO erforderliche Rechtsschutzinteresse der sog. Beschwer. Diese ist eine von Amtes wegen zu beachtende Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels. Ist die Rechtsmittelklägerin durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert und fehlt es ihr damit an einem aktuellen schutzwürdigen Interesse an der Aufhebung bzw. Abänderung desselben, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten. Vorausgesetzt ist dabei in der Regel sowohl eine formelle als auch eine materielle Beschwer; in Ausnahmefällen mag auch eine materielle Beschwer alleine genügen. Formelle Beschwer liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid

im Dispositiv von den Anträgen der Rechtsmittelklägerin (teilweise) abweicht. Materielle Beschwer setzt voraus, dass sich der angefochtene Entscheid in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Konsequenzen nachteilig auf die Stellung der Rechtsmittelklägerin auswirkt und dieser deshalb ein (aktuelles und schutzwürdiges) Interesse an seiner Aufhebung bzw. Abänderung verschafft. Wer formell beschwert ist, ist in aller Regel auch materiell beschwert (vgl. zum Ganzen BGE 120 II 5, E. 2a; OGer ZH, LF150031 vom 4. August 2015, E. 3; ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vorbem. zu Art. 308 ff. N 30 ff. m.w.Nw.).

2.3. Die Berufungsklägerin ist ohne Weiteres formell beschwert, weil die Vorinstanz auf ihr Gesuch um Ergreifung geeigneter Massnahmen zur Behebung geltend gemachter Mängel in der Organisation der Gesuchsgegnerin nicht eingetreten ist. Mit der formellen Beschwer geht in aller Regel auch eine materielle Beschwer einher. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin liegt hier kein Ausnahmefall vor, in dem dies anders wäre.

Gemäss Art. 731b OR kann ein Gläubiger einer behauptetermassen mangelhaft organisierten Gesellschaft gerichtlich die Ergreifung erforderlicher Massnahmen verlangen, ohne dass er hierfür ein besonderes Individualinteresse an der (Wieder-)Herstellung des rechtmässigen Zustands nachzuweisen hätte; mit anderen Worten besteht dieser Mängelbehebungsanspruch unabhängig davon, ob zwischen den gerichtlich geltend gemachten Mängeln und den Interessen des Gläubigers ein Zusammenhang besteht (vgl. BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, 5. Aufl. 2016, Art. 731b N 12). Art. 731b OR berechtigt insofern jeden Gläubiger bzw. Gesellschafter einzeln dazu, ein abstraktes Kollektivinteresse der Gläubiger bzw. Gesellschafter im Allgemeinen individuell und in eigenem Namen wahrzunehmen. Aus diesem Grund kann ein rechtlich geschütztes Interesse (bzw. im Rechtsmittelverfahren eine materielle Beschwer) gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO nur dann verneint werden, wenn es (auch) an einem solchen abstrakten Kollektivinteresse fehlt.

Dass die gesuchstellende Partei kein besonderes persönliches Interesse an den konkret beantragten Massnahmen nachzuweisen hat, gilt hier umso mehr, als im Verfahren gemäss Art. 731b OR ohnehin die *Offizialmaxime* zur Anwendung

kommt (BGE 142 III 629, E. 2.3.1), das angerufene Gericht also nicht an die Anträge der Gesuchstellerin gebunden ist. Auch deshalb kann nicht massgebend sein, ob die Gesuchstellerin an den konkret beantragten Massnahmen ein besonderes Interesse hat, jedenfalls dann, wenn ein – wenigstens kollektives – Interesse immerhin für andere (nicht beantragte) Massnahmen bestünde. Würde dem Vorbringen der Gesuchsgegnerin gefolgt und ein Interesse der Gesuchstellerin an einer Anordnung gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR (Auflösung und Liquidation der Gesuchsgegnerin nach den Vorschriften über den Konkurs) mit der Begründung verneint, dass es der Gesuchstellerin freistünde, eine ordentliche Konkursöffnung zu erwirken, so würde übersehen, dass unter dem Titel von Art. 731b OR auch andere Massnahmen in Betracht kommen, die mit einem Konkursbegehren nicht zu erreichen sind (z.B. die Einsetzung eines Sachwalters bzw. eines neuen Liquidators).

Eine Liquidation gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR weist sodann durchaus Unterschiede gegenüber einem ordentlich eröffneten Konkurs auf. So könnte ein Konkurs etwa – im Gegensatz zur gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR angeordneten Liquidation (vgl. BGE 141 III 43, E. 2) – gestützt auf Art. 195 SchKG widerrufen werden. Zudem kann die Schuldnerin einen drohenden oder erstinstanzlich eröffneten Konkurs abwenden, indem sie einen Konkurshindereungs- bzw. -aufhebungsgrund (z.B. Zahlung oder Hinterlegung der Konkursforderung) schafft und nachweist (insb. Art. 172 Ziff. 3 und Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

Letztlich entscheidend ist aber, dass die Gesuchstellerin in keiner Weise verpflichtet ist, das Konkursbegehren zu stellen und dadurch – unter Umständen – die Eröffnung des Konkurses über die Gesuchsgegnerin zu erwirken. Die Möglichkeit, gemäss Art. 166 ff. SchKG ein Konkursbegehren zu stellen, steht den Ansprüchen gemäss Art. 731b OR alternativ gegenüber, und es besteht keine "Rangordnung" in dem Sinne, dass ein Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln gegenüber zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen nur subsidiär zur Verfügung stünde. Jedenfalls solange über die Gesuchsgegnerin nicht (rechtskräftig) der Konkurs eröffnet wurde (vgl. dazu HGer ZH, HE130262

vom 3. Juli 2014, ZR 114/2015, Nr. 25), besteht ohne Weiteres ein schutzwürdiges aktuelles (Kollektiv-)Interesse an einer Mängelbehebung gemäss Art. 731b OR, zu deren Wahrnehmung die Gesuchstellerin als Gläubigerin der Gesuchsgegnerin ohne Weiteres individuell berechtigt ist.

Daran ändert nichts, dass die Gesuchsgegnerin bereits von Amtes wegen – gestützt auf Art. 153b HRegV (Verfügung des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich vom 8. Januar 2018; act. 3/11) – *aufgelöst* wurde und sich seither im Liquidationsstadium befindet. Obschon zwar aus diesem Grund eine *Auflösung als solche* gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ausser Betracht fällt, bleibt eine entsprechende Massnahme aber immerhin insoweit möglich, als eine – mit der Auflösung gemäss Art. 153b HRegV nicht einhergehende – *Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs* angeordnet werden kann. Alternativ möglich wäre zudem etwa auch die Bestellung eines Sachwalters oder die Auswechslung der bisher eingesetzten Liquidatorin.

Die Gesuchstellerin ist mithin formell und materiell beschwert, so dass ein rechtlich geschütztes Interesse zu bejahen ist.

3. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen und muss hinreichende Rechtsmittelanträge enthalten. Beiden Anforderungen kommt die Berufungsschrift der Gesuchstellerin nach, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

III.

1. Die Vorinstanz erwägt, bei einem Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln gemäss Art. 731b OR handle es sich um eine im summarischen Verfahren zu behandelnde vermögensrechtliche Streitigkeit, die je nach Streitwert in die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts (§ 45 lit. c GOG i.V.m. Art. 250 lit. c ZPO) oder in jene des Einzelgerichts des Bezirksgerichts (§ 24 lit. c GOG) falle (act. 19, E. 3.2).

Mit Bezug auf den Streitwert könne sowohl auf das Grundkapital der behauptetermassen mangelhaft organisierten Gesellschaft als auch auf den Umsatz abgestellt werden, den diese erziele oder erzielen wolle. Insofern sei in der Regel

auch dann von einem Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert auszugehen, wenn eine GmbH mit einem Stammkapital von weniger als Fr. 30'000.– betroffen sei, weil auch solche Gesellschaften regelmässig einen Umsatz bzw. Gewinn von mehr als Fr. 30'000.– erwirtschaften dürften (act. 19, E. 5.2).

Bei der Gesuchsgegnerin, so die Vorinstanz weiter, handle es sich unbestrittenmassen um eine GmbH mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.–, die seit mehreren Jahren inaktiv sei und weder einen nennenswerten Umsatz generiere noch über namhafte Vermögenswerte verfüge. Dennoch sei vorliegend von einem Fr. 30'000.– deutlich übersteigenden Streitwert auszugehen. Zwar dürfe hierfür nicht unmittelbar auf die von der Gläubigerin geltend gemachte Schadenersatzforderung gegen die Gesuchsgegnerin in der Höhe von rund Fr. 39 Mio. bzw. auf die behauptete Deckung des Schadens durch die Versicherung der Gesuchsgegnerin in der Höhe von Fr. 6 Mio. abgestellt werden. Das wirtschaftliche Hauptinteresse der Gläubigerin liege vorliegend aber in der behaupteten Forderung von Fr. 6 Mio., die sie im Anschluss an das Organisationsmängelverfahren – das insofern gewissermassen als "Hilfsverfahren" diene – gegen die Versicherung durchsetzen wolle. Aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen dieser behaupteten Forderung und dem vorliegenden Verfahren habe sich die Festsetzung des Streitwerts an jener zu orientieren. Da bereits 5-10% der behaupteten Forderung zu einem Fr. 30'000.– deutlich übersteigenden Streitwert führen würden, sei von einem solchen auszugehen. Folglich sei das angerufene Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich sachlich unzuständig, und es sei auf das Gesuch nicht einzutreten (act. 19, E. 5.3).

2. Die Gesuchstellerin wendet in ihrer Berufung zunächst ein, die Vorinstanz habe Art. 91 Abs. 2 ZPO verletzt, indem sie nicht auf den von den Parteien übereinstimmend angegebenen Streitwert von Fr. 20'000.– abgestellt habe. Die Gesuchsgegnerin habe mit Bezug auf den Streitwert weder die tatsächlichen Ausführungen der Gesuchstellerin noch dessen Bezifferung bestritten. In Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO sei deshalb auf diese gemeinsame Streitwertangabe abzustellen, weil diese zumindest nicht offensichtlich unrichtig sei (act. 20 Rz. 7 ff.).

Auch abgesehen davon sei jedoch auf das Stammkapital der Gesuchsgegnerin von Fr. 20'000.– abzustellen, weil diese – was auch die Vorinstanz festgestellt habe – weder über bedeutende Aktiven verfüge noch nennenswerten Umsatz generiere (act. 20 Rz. 9 ff., 20, 26). Dies dränge sich namentlich deshalb auf, weil die Vermögensverhältnisse der Gesuchsgegnerin völlig unklar seien; diese habe – auch aufgrund der geltend gemachten Organisationsmängel – nie eine Bilanz vorgelegt und es würden auch sonst keine Bücher bestehen (act. 20 Rz. 11 ff.).

Die Gesuchstellerin wendet weiter ein, der von der Vorinstanz verfolgte Ansatz, wonach im Rahmen eines von einer Gläubigerin eingeleiteten Organisationsmängelverfahrens für die Berechnung des Streitwerts auf den (Nominal-)Wert der behaupteten Forderung abzustellen sei, führe letztlich zu einer sachfremden Ungleichbehandlung je nachdem, ob das jeweilige Verfahren von einer Gläubigerin, von einem Aktionär oder vom Handelsregisterführer eingeleitet worden sei (act. 20 Rz. 16).

Sodann beanstandet die Gesuchstellerin die Erwägung der Vorinstanz, wonach ihr wirtschaftliches Hauptinteresse in der Durchsetzung einer Forderung von Fr. 6 Mio. gegen die Versicherung der Gesuchsgegnerin liegen soll. Die Gesuchstellerin habe ein Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR anhängig gemacht, und nicht eine Leistungsklage gegen die Versicherung. Ob sie zu einem späteren Zeitpunkt – allenfalls als Abtretungsgläubigerin der Gesuchsgegnerin – eine solche Klage erheben werde, sei zum heutigen Zeitpunkt unklar, nicht zuletzt deshalb, weil die notwendigen Bücher der Gesuchsgegnerin aufgrund der geltend gemachten Organisationsmängel fehlen würden und sie bisher keine Einsicht in die relevanten Unterlagen habe nehmen können. Ob eine solche Forderung gegen die Versicherung der Gesuchsgegnerin überhaupt bestehe, sei aus verschiedenen Gründen unklar, zumal die Versicherung den Anspruch bestreite. Unklar sei etwa, ob die Gesuchsgegnerin die Versicherungsprämien jeweils bezahlt habe. Entsprechend könne im vorliegenden Verfahren nicht einfach unterstellt werden, dass ein solcher Anspruch der Gesuchsgegnerin gegen ihre Versicherung bestehe. Aufgrund dieser Unsicherheiten handle es sich bei diesem bloss mögli-

chen Versicherungsanspruch nicht um ein bilanzierungsfähiges Aktivum der Gesuchsgegnerin (act. 20 Rz. 17 ff., 26).

Schliesslich macht die Gesuchstellerin geltend, die Vorinstanz habe mit Bezug auf den Streitwert in willkürlicher Weise ohne jede sachliche Begründung auf eine Bandbreite von 5-10% der möglichen Versicherungsforderung abgestellt, ohne sich auf einen konkreten Betrag festzulegen (act. 20 Rz. 23 ff.).

3. Die Gesuchsgegnerin hat in ihrer Berufungsantwort darauf verzichtet, zur Frage des Streitwerts bzw. der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz Stellung zu nehmen (act. 28 Rz. 17).

IV.

1. Ein Gesuch um Ergreifung der erforderlichen Massnahmen gemäss Art. 731b OR ist stets – mit Bezug auf alle möglichen Massnahmen – im summarischen Verfahren zu behandeln. Daran ändert nichts, dass in Art. 250 lit. c Ziff. 6 und Ziff. 11 ZPO nur zwei der möglichen Massnahmen genannt werden, denn die Frage, welche Massnahme im Einzelnen anzuordnen ist, fällt in den Bereich der Officialmaxime, und es muss für das gesamte Verfahren einheitlich dieselbe Verfahrensart gelten (BGE 138 III 166, E. 3; vgl. zudem BGE 142 III 629, E. 2.3.1).

2. Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (OGer ZH, LF110011 vom 14. Februar 2011, E. 3.2). Gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. c GOG (sowie hier auch gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) ist folglich das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich zuständig, sofern der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt. Ist diese Streitwertgrenze nicht erreicht, ist das Einzelgericht des örtlich zuständigen Bezirksgerichts zuständig (§ 24 lit. c GOG).

3. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet dieses nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder wenn ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Eine übereinstimmen-

de Streitwertbezifferung durch die Parteien hat also grundsätzlich Vorrang, sofern sie nicht offensichtlich falsch ist.

Ob dies auch dann zutrifft, wenn – wie hier – die Oficialmaxime gilt, wenn dem zu treffenden Entscheid materielle Rechtskraftwirkung *erga omnes* zukommen wird und wenn sich folglich auch weitere betroffene Personen (Gesellschafter oder Gläubiger) als streitgenössische Nebenintervenienten am Verfahren beteiligen – und die bisherige Streitwertbezifferung ablehnen – können (vgl. dazu BGE 142 III 629, E. 2.3), braucht hier nicht geklärt zu werden. Der Streitwert, auf den sich die Parteien nach Auffassung der Gesuchstellerin geeinigt haben sollen (Fr. 20'000.–), entspricht nämlich – wie sogleich zu zeigen sein wird – jenem, der bei Fehlen einer Einigung gerichtlich festzusetzen wäre.

4.

4.1. Weil in einem Organisationsmängelverfahren in jedem Fall – aufgrund der geltenden Oficialmaxime unabhängig von den konkreten Anträgen der Parteien – die Auflösung der Gesuchsgegnerin als juristische Person droht, ist der Streitwert im Grundsatz stets nach Massgabe des *Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft* zu berechnen (vgl. OGer ZH, LF110011 vom 14. Februar 2011, ZR 110/2011 Nr. 30, E. 3.3.1; DIGGELMANN, in: Brunner et al. [Hrsg.], Dike-ZPO-Komm., 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 412 ff.).

4.2. Hierbei wird in der Rechtsprechung jeweils in erster Linie auf das *nominelle Gesellschaftskapital* abgestellt (BGer, 4A_499/2019 vom 25. März 2020, E. 1.3; 4A_142/2016 vom 25. November 2016, E. 1.2.2 [offen gelassen, ob dies auch dann gilt, wenn die tatsächlich noch vorhandenen Aktiva den Wert des nominellen Grundkapitals offensichtlich nicht erreichen]; 4A_630/2011 vom 7. März 2012, E. 1; 4A_234/2011 vom 8. August 2011; 4A_315/2010 vom 19. August 2010, E. 2; 4A_278/2010 vom 8. Juli 2010, E. 6; 4A_106/2010 vom 22. Juni 2010, E. 6; OGer ZH, LF110011 vom 14. Februar 2011, ZR 110/2011 Nr. 30, E. 3.3.1; LF110017 vom 1. März 2011, E. 3.1; LF110043 vom 10. August 2011, E. 3.5; vgl. auch BGer, 4A_387/2020 vom 17. September 2020, E. 1.2.1). Selbst wenn damit die

Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– aber nicht erreicht wird, geht das Bundesgericht aufgrund der "*wirtschaftlichen Auswirkungen*" einer möglichen Auflösung der betroffenen Gesellschaft vermutungsweise – sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen – von einem Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert aus (BGer, 4A_215/2015 vom 2. Oktober 2015, E. 1.1; 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013, E. 1.1; 4A_4/2013 vom 13. Mai 2013, E. 1.1; 4A_425/2011 vom 12. Dezember 2011, E. 1.2; 4A_578/2010 vom 11. April 2011, E. 1.1; offen gelassen in BGer, 4A_387/2020 vom 17. September 2020, E. 1.2). Dies wird insbesondere damit gerechtfertigt, dass neben dem formellen Gesellschaftskapital sekundär auch auf den tatsächlichen bzw. den angestrebten (*Jahres-*)*Umsatz* der Gesellschaft abgestellt werden kann (vgl. DIGGELMANN, a.a.O., Art. 91 N 54; SCHÖNBÄCHLER, a.a.O., S. 415 f.). Weil dieser Fr. 30'000.– regelmässig übersteigt, ist nach der Praxis der Kammer selbst bei einer GmbH mit einem Stammkapital von weniger als Fr. 30'000.– "kaum je" von einem Streitwert auszugehen, der die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– unterschreitet (OGer ZH, LF110011 vom 14. Februar 2011, ZR 110/2011 Nr. 30, E. 3.3.2; LF110017 vom 1. März 2011, E. 3.1; vgl. auch HGer ZH, HE110388 vom 30. September 2011, ZR 111/2012, Nr. 8, E. 4, wonach die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– offenbar ausnahmslos erreicht sein soll). Vereinzelt wird auch auf andere Kriterien abgestellt, etwa auf die behauptete Forderung der gesuchstellenden Gläubigerin oder auf konkret vorhandene Forderungen oder andere Vermögenswerte der betroffenen Gesellschaft (vgl. HGer ZH, HE130130, Verfügung vom 22. Mai 2013, ZR 113/2014 Nr. 29, E. 7).

4.3. Diese Rechtsprechung ist zu präzisieren. Zunächst ist der Gesuchstellerin darin beizupflichten, dass für die Streitwertberechnung weder auf die behauptete Forderung der gesuchstellenden Gläubigerin noch auf den (Nominal-)Wert des Gesellschafts- bzw. Liquidationsanteils eines gesuchstellenden Gesellschafters abgestellt werden kann.

Zum einen erschiene es in der Tat nicht sachgerecht, wenn die Streitwertberechnung unterschiedlichen Kriterien folgte, je nachdem, ob das Verfahren von einem Gläubiger, einem Gesellschafter oder dem Handelsregisterführer eingeleitet wird, und wenn die Streitwerthöhe letztlich vom jeweiligen Wert des Gesell-

schaftsanteils, der Forderungshöhe oder eines sonstigen konkreten Interesses des jeweils klagenden Gesellschafters bzw. Gläubigers abhänge. Dass der Streitwert hier unabhängig von der konkret klagenden Person und deren konkretem Interesse einheitlich festgesetzt werden muss, drängt sich im vorliegenden Zusammenhang insbesondere auch deshalb auf, weil sich im *erga omnes* wirkenden Organisationsmängelverfahren nachträglich auch noch weitere Personen als streitgenössische Nebenintervenienten selbständig am Verfahren beteiligen können. Mit einer sich am jeweiligen (Gesamt-)Interesse der klagenden Partei(en) orientierenden Streitwertbemessung ginge einher, dass der Streitwert variabel bliebe und sich bei zunehmender Beteiligung am Verfahren durch weitere Personen laufend erhöhen würde, was abzulehnen ist. Vielmehr muss der Streitwert grundsätzlich von Anfang an feststehen und sich deshalb nach dem Wert der behauptetermassen mangelhaft organisierten Gesellschaft richten.

Ein Abstellen auf das konkrete Interesse der gesuchstellenden Partei(en) würde zum anderen dem Umstand nicht Rechnung tragen, dass im Rahmen eines Organisationsmängelverfahrens gemäss Art. 731b OR stets die Auflösung und Liquidation der gesamten Gesellschaft droht, also eine Liquidation sämtlicher Vermögenswerte und Schulden derselben zur Disposition steht, was sich zwangsläufig auf alle Gesellschafter und auf alle Gläubiger auswirken würde, nicht nur auf die gesuchstellende(n) Partei(en). Entsprechend ist stets auf den Gesamtwert der betroffenen Gesellschaft abzustellen, nicht bloss auf einen Anteil daran bzw. auf einen Teil des Fremdkapitals (vgl. dazu oben E. IV.4.1).

Darin besteht letztlich ein zentraler Unterschied zum Verfahren auf Wiedereintragung einer aus dem Handelsregister gelöschten Gesellschaft gemäss Art. 164 HRegV, bei welchem sich der Streitwert nach dem konkreten wirtschaftlichen Interesse der gesuchstellenden Partei bemisst (BGer, 4A_336/2019 vom 5. November 2019, E. 1; 4A_412/2013 vom 19. Dezember 2013, E. 1; OGer ZH, LF190075 vom 23. Dezember 2019, E. 3.3.2; PF190032 vom 8. Juli 2019, E. 4.1.2; LF170039 vom 17. August 2017, ZR 116/2017 Nr. 58, E. 5.2.2). Im Gegensatz zum Organisationsmängelverfahren gemäss Art. 731b OR erfolgt eine Wiedereintragung gestützt auf Art. 164 HRegV nämlich bloss für einen bestimm-

ten (sachlich beschränkten) Zweck, mit dem nicht die – im Grundsatz bereits erfolgte – Gesamtliquidation der Gesellschaft angestrebt wird, sondern nur noch das "Nachholen" bestimmter Rechtshandlungen. Damit geht auch einher, dass die gesuchstellende Partei beim Wiedereintragungsverfahren – im Gegensatz zum Organisationsmängelverfahren (vgl. dazu oben, E. II.2.3; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, 5. Aufl. 2016, Art. 731b N 12 mit Hinweis auf BGer3.3.2, 4C.45/2006 vom 26. April 2007) – ein konkretes schutzwürdiges (Individual-)Interesse an der Wiedereintragung glaubhaft machen muss (Art. 164 Abs. 2 HRegV).

4.4. Die Bemessung des Streitwerts eines Organisationsmängelverfahrens hat sich nach dem Gesagten also stets am *Gesamtwert der beklagten Gesellschaft* zu orientieren, deren Auflösung letztlich droht. Aus Gründen der Prozessökonomie drängt es sich indessen auf, eine gewisse Pauschalisierung vorzunehmen, nicht zuletzt deshalb, weil es sich bei solchen Verfahren um ein Massengeschäft handelt. Unpraktikabel wäre es jedenfalls, jeweils eine konkrete Schätzung des Werts des betroffenen Unternehmens (zum Fortführungs- oder zum Liquidationswert) zu verlangen (so im Ergebnis auch F.S. JÖRG, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Kunz et al. [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, 2015, S. 334 ff.). Die pauschalisierende Bewertung hat zudem in allen Fällen einheitlich, d.h. unabhängig davon zu erfolgen, ob das Verfahren von einem Gläubiger, einem Gesellschafter oder dem Handelsregisterführer eingeleitet wurde (anders offenbar HGer ZH, Verfügung vom 22. Mai 2013, ZR 113/2014 Nr. 29, E. 7.2-7.4).

Im Sinne einer stark pauschalisierenden Annäherung an den Unternehmenswert ist deshalb zunächst auf das *nominelle Grundkapital* der Gesellschaft abzustellen, das sich in der Regel einfach dem Handelsregister entnehmen lässt und das insofern eine fingierte Untergrenze des Streitwerts bildet. Als weitere Kriterien können zudem – sofern bekannt – der letzte *tatsächliche Jahresumsatz* gemäss einer aktuellen Erfolgsrechnung (vgl. DIGGELMANN, a.a.O., Art. 91 N 54; SCHÖNBÄCHLER, a.a.O., S. 415 f.) sowie der Gesamtwert der *tatsächlich vorhandenen Vermögenswerte* gemäss einer aktuellen Bilanz (vgl. L. MÜLLER / P. MÜL-

LER, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, S. 52) der betroffenen Gesellschaft herangezogen werden. Abzukehren ist indessen von der Auffassung, wonach zudem – im Sinne einer weiteren alternativen Kenngrösse – auch auf einen bloss *beabsichtigten, angestrebten oder bezweckten Umsatz* abgestellt werden kann (vgl. in diesem Sinne noch OGer ZH, LF110011 vom 14. Februar 2011, ZR 110/2011 Nr. 30, E. 3.3.2; LF110017 vom 1. März 2011, E. 3.1; DIGGELMANN, a.a.O., Art. 91 N 54). Eine solche Kenngrösse wäre in der Praxis zum einen nicht leicht zu bestimmen, was dem Ziel der Pauschalisierung und Vereinfachung der Streitwertbestimmung in solchen Massengeschäften zuwiderliefe. Zum anderen wäre, wollte daran festgehalten werden, zu konkretisieren, was mit diesen Parametern im Einzelnen gemeint wäre. Ein Kriterium der Absicht oder des "Anstrebens" – eine innere Tatsache – erschiene nur schon deshalb als problematisch, weil unklar wäre, wessen Absicht zu welchem Zeitpunkt als massgebend zu betrachten wäre. Gleichermassen vage und nicht richtig fassbar wäre ein sich am Zweck der Gesellschaft orientierender "angemessener" oder "zweckmässiger" Umsatz, sofern es einen solchen überhaupt gibt.

Zusammengefasst ist der Streitwert in einem Organisationsmängelverfahren stets pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils *höchsten* (bekanntesten) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von (i) nominellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiva.

4.5. Zudem ist mit dem Bundesgericht (vgl. die zitierten Entscheide in E. IV.4.2) im Sinne einer *natürlichen Vermutung* davon auszugehen, dass der letzte Jahresumsatz und die noch vorhandenen Vermögenswerte der betroffenen Gesellschaft den Betrag von Fr. 30'000.– jeweils erreichen bzw. übersteigen, so dass – im Kanton Zürich – im Zweifel von einer sachlichen Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts auszugehen ist (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. c GOG). Wer sich also auf einen Streitwert von unter Fr. 30'000.– (und damit im Ergebnis auf einen Streitwert für eine bezirksgerichtliche Zuständigkeit; § 24 lit. c GOG) beruft, trägt hierfür – d.h. für die Tatsache, dass weder der letzte Jahresumsatz noch die tatsächlich vorhandenen Vermögenswerte (noch das no-

minelle Gesellschaftskapital) der betroffenen Gesellschaft den Wert von Fr. 30'000.– erreichen – die Behauptungs- und Beweislast.

Zwar wäre es aus prozessökonomischer Sicht im Ergebnis zweifelsohne wünschenswert, für Organisationsmängelverfahren – bei denen es sich wie gesagt um ein Massengeschäft handelt – eine einheitliche sachliche Zuständigkeit beim Handelsgericht zu schaffen, das solche Fälle in grosser Anzahl und mit entsprechendem Fachwissen erledigt. Dies kann jedoch nicht über eine künstliche Manipulation der Streitwertberechnung erreicht werden, sondern müsste vom Gesetzgeber in die Wege geleitet werden. Jedenfalls geht es nicht an, im Sinne einer Fiktion, und damit einer unwiderlegbaren Vermutung, in jedem Fall und unbesehen der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse der betroffenen Gesellschaft von einem Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert auszugehen, wenn das Gesellschaftskapital diesen Betrag unterschreitet und auch der Umsatz und die noch vorhandenen Aktiva der Gesellschaft diesen Wert nicht erreichen (so auch SCHÖNBÄCHLER, a.a.O., S. 416).

5.

5.1. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Gesuchsgegnerin seit mehreren Jahren inaktiv sei und dass sie weder einen nennenswerten Umsatz generiere noch über namhafte Vermögenswerte verfüge. Dennoch stellt sie auf einen Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert ab, mit der Begründung, das wirtschaftliche Hauptinteresse der Gesuchstellerin liege in einer behaupteten Forderung gegen die Versicherung der Gesuchsgegnerin von Fr. 6 Mio. (act. 19, E. 5.3).

Ob die Vorinstanz hierbei davon ausging, diese Versicherungsforderung stehe der gesuchstellenden Gläubigerin selbst zu, oder ob sie ein Interesse der Gesuchstellerin darin erkannte, dass eine solche Forderung der Gesuchsgegnerin unter Umständen im Rahmen einer Zwangsvollstreckung zur Befriedigung der Gesuchstellerin herangezogen werden könnte, geht aus dem angefochtenen Entscheid nicht klar hervor. So oder anders ist es nach dem Gesagten indessen unrichtig, auf das konkrete Interesse der Gesuchstellerin abzustellen. Vielmehr ist für die Streitwertberechnung einzig der Wert der angeblich mangelhaft organisier-

ten Gesellschaft massgebend, der pauschalisiert durch Heranziehen der grössten bekannten Kenngrösse von nominellem Grundkapital, tatsächlichem Jahresumsatz und tatsächlich vorhandenen Aktiva zu ermitteln ist.

5.2. Es ist unbestritten, dass die (sich in Liquidation befindende) Gesuchsgegnerin in den letzten Jahren keinen nennenswerten Umsatz mehr erzielt hat und dass sie heute zudem über keine relevanten Vermögenswerte mehr verfügt (vgl. act. 1 Rz. 12; act. 10 Rz. 8 ff.; act. 20 Rz. 9, 13, 20, 26; act. 13 und act. 28 S. 5; vgl. zudem den Steuerausweis der Gesuchsgegnerin vom 17. Juli 2019, aus dem sich für das Jahr 2016 noch ein Reingewinn von Fr. 2'000.– und ein Kapital von Fr. 22'000.– ergibt; act. 3/15).

Im Rahmen des vorliegenden Organisationsmängelverfahrens kann insbesondere nicht darauf abgestellt werden, der Gesuchsgegnerin stehe – als tatsächlich vorhandenes Aktivum – eine Forderung gegenüber ihrer Versicherung von Fr. 6 Mio. zu. Ein solcher Anspruch wurde bisher weder ordnungsgemäss bilanziert – die Gesuchsgegnerin hat, soweit ersichtlich, in den letzten Jahren keine Bilanzen mehr erstellt – noch ergibt er sich aus einer schriftlichen Schuldanerkenntnis oder sonst in offenkundiger Weise aus den Akten. Es kann deshalb nicht angenommen werden, es bestehe ein solches Aktivum der Gesuchsgegnerin, zumal die Forderungsschuldnerin (Versicherung) den Anspruch bestreitet und es nicht am mit der Organisationsmängelbehebung befassten Gericht ist, über dessen Bestand zu befinden.

5.3. Es ist folglich davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin keinen Umsatz mehr erzielt und über keine relevanten Vermögenswerte mehr verfügt. Somit kann zum Zwecke der Streitwertbestimmung nur auf das im Handelsregister eingetragene nominelle Stammkapital der Gesuchsgegnerin von Fr. 20'000.– abgestellt werden (act. 3/3).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang schliesslich, dass die Gesuchsgegnerin bereits – gestützt auf Art. 153b HRegV – von Amtes wegen aufgelöst wurde und sich deshalb bereits im Stadium der Liquidation befindet. Die konkursrechtliche Liquidation, die im Rahmen des Organisationsmängelverfahrens ge-

mäss Art. 731b OR droht, geht über eine blosser Auflösung gemäss Art. 153b HRegV hinaus, weshalb hier das gesamte Streitinteresse zu berücksichtigen ist.

5.4. Nach dem Gesagten ist das Einzelgericht des Bezirksgerichts (§ 24 lit. c GOG) und nicht das Einzelgericht des Handelsgerichts (§ 44 lit. b und § 45 lit. c GOG) sachlich zuständig. Die Vorinstanz hat ihre sachliche Zuständigkeit deshalb zu Unrecht verneint.

Die Vorinstanz hat das Verfahren auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit beschränkt und damit kein vollständiges Verfahren durchgeführt. Aus diesem Grund kommt nur eine Rückweisung und nicht ein reformatorischer Entscheid in Betracht (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). In Gutheissung des Berufungsantrags Ziff. 2 ist der angefochtene Entscheid folglich aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die unter Ziff. 1 gestellten Berufungsanträge sind abzuweisen.

V.

Im Falle eines Rückweisungsentscheids kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). In diesem Sinne ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie der Entscheid über eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird der Vorinstanz überlassen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich vom 11. August 2020 (Geschäfts-Nr. EO200013-L) aufgehoben und die Sache zur

Durchführung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Im übrigen Umfang wird die Berufung abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Der Entscheid über die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten und eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 28) samt Beilagenverzeichnis, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt
Fr. 20'000.—.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am:
14. Dezember 2020