

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss und Urteil vom 13. März 2023

in Sachen

A. ____ AG

Gesellschaft und Berufungsklägerin

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. Januar 2023 (EO220027)**

Erwägungen:

1. Die A._____ AG (fortan Berufungsklägerin) ist seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister eingetragen (act. 16). Mit Schreiben vom 11. Oktober 2022 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, dass die B._____ AG auf ihren Antrag hin als Revisionsstelle im Register gelöscht worden sei. Es forderte die Berufungsklägerin auf, innert 30 Tagen unter Vorlage der genannten Unterlagen den Mangel einer fehlenden Revisionsstelle zu beheben oder aber den Verzicht auf die eingeschränkte Revision im Sinne von Art. 727a Abs. 2 OR eintragen zu lassen (act. 2/2). Da der Mangel innert der angesetzten Frist nicht behoben wurde, überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 22. November 2022 in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 und Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz; act. 1). Die Vorinstanz setzte der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 29. November 2022 Frist an, um den rechtmässigen Zustand herzustellen. Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin postalisch gegen Empfangsschein sowie mittels amtlicher Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt mitgeteilt (act. 3-6). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2022 teilte das Handelsregisteramt der Vorinstanz mit, dass die Berufungsklägerin am 16. Dezember 2022 die Unterlagen zur Eintragung eines neuen Verwaltungsrates eingereicht habe. Der Organisationsmangel der fehlenden Revisionsstelle bzw. des Verzichts auf Revision sei jedoch nicht behoben worden (act. 9). Gegenüber der Vorinstanz liess sich die Berufungsklägerin nicht vernehmen. Da somit auch diese Frist ungenutzt verstrich, löste die Vorinstanz mit Urteil vom 11. Januar 2023 die Berufungsklägerin androhungsgemäss auf und ordnete ihre Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses an. Die Zustellung des Urteils an die Berufungsklägerin erfolgte auf dem Postweg gegen Empfangsschein (act. 10 = act. 13, act. 11).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung und beantragt dessen Aufhebung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Weiter sei der Berufung – vorab superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung führt die Berufungsklägerin aus, sie habe

beim Handelsregisteramt gleichzeitig die Dokumentation zur Mutation des Verwaltungsrates sowie zum Verzicht auf eine Revisionsstelle (opting-out) eingereicht. Die Unterlagen zur Revision habe das Handelsregisteramt angeblich verloren und deshalb nur die Mutation des Verwaltungsrates, nicht aber das opting-out eingetragen. Wegen der jährlichen Betriebsferien sei ihr dies erst durch das Urteil vom 11. Januar 2023 bewusst geworden. Zwischenzeitlich seien dem Handelsregister nochmals alle Kopien übergeben worden und dieses habe bestätigt, dass die Eintragung erfolgen könne. Somit bestehe keinerlei Anlass mehr für eine Liquidation (act. 14-15/1-3).

3. Mit Schreiben vom 26. Januar 2023 informierte das Handelsregisteramt die Vorinstanz darüber, dass ihm die für die Behebung des Organisationsmangels notwendigen Unterlagen am 25. Januar 2023 eingereicht worden seien. Es bitte um Mitteilung, ob die Eintragung erfolgen könne. Die Vorinstanz leitete das Schreiben zuständigkeitshalber an die Kammer weiter (act. 17-18). Diese teilte dem Handelsregisteramt telefonisch mit, dass es die Eintragung vornehmen könne und ersuchte es um Bekanntgabe der Publikation (act. 19).

Am 9. Februar 2023 gab das Handelsregisteramt der Kammer bekannt, dass es die Eintragung des opting-outs im Tagesregister am tt.mm.2023 vorgenommen habe. Sie sei am tt.mm.2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert worden (act. 20-21).

4.a) Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, wobei der Streitwert grundsätzlich anhand des Gesamtwertes der betroffenen Gesellschaft zu bestimmen ist (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV/2. mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2; ZR 110/2011 Nr. 30 E. 3.3.1; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N 54; Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, S. 412 ff.). Das Aktienkapital der Be-

rufungsklägerin beläuft sich gemäss Handelsregisterauszug auf Fr. 100'000.– (act. 16 und 21). Damit ist der für die Berufung erforderliche Streitwert gegeben.

b) Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Neue Behauptungen und Beweismittel sind 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).

5.a) Die Berufungsklägerin beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, weil sie die zur Behebung des Mangels notwendigen Unterlagen inzwischen dem Handelsregisteramt erneut habe zukommen lassen. Die Verzögerung führt sie auf einen Fehler des Handelsregisteramtes zurück (act. 14 S. 3). Dass die Vorinstanz falsch entschieden hätte, macht die Berufungsklägerin hingegen nicht geltend. Sie legt insbesondere nicht dar, dass der Entscheid inhaltlich unrichtig sei oder ein Verfahrensmangel vorliege.

Bei den Vorbringen der Berufungsklägerin handelt es sich um neue Tatsachen und Beweismittel. Wie dargelegt sind solche im Berufungsverfahren nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt: Die Eintragung erfolgte gemäss Angaben des Handelsregisteramtes gestützt auf die am 25. Januar 2023 und damit nach Erlass des angefochtenen Urteils vorgelegten Unterlagen (act. 18). Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe die Belege rechtzeitig eingereicht, das Handelsregisteramt habe sie aber verloren und deshalb nur die Mutation des Verwaltungsrates, nicht aber den Verzicht auf die Revisionsstelle eingetragen. Wegen der Betriebsferien habe sie diesen Umstand zu spät bemerkt (act. 14 S. 3). Es lag indes im Interesse der Berufungsklägerin, ungeachtet der Betriebsferien die zur Behebung des Organisationsmangels und damit zur Abwendung ihrer Auflösung nötigen Vorkehren zu treffen und gegebenenfalls frühzeitig beim Handelsregisteramt nachzufragen. Es bleibt denn auch unklar, weshalb das Handelsregisteramt von den zusammen eingereichten Unterlagen einen Teil behandelte,

die für die Revision massgeblichen Dokumente hingegen verloren haben soll. Die erst im Berufungsverfahren erhobenen Vorbringen zur Mängelbehebung und die vorgelegten Beweismittel sind somit verspätet.

b) Wie es sich mit den angeblich vom Handelsregisteramt verlegten Belegen verhält, kann letztlich offen bleiben. Inzwischen bestätigte das Handelsregisteramt den Erhalt der zur Behebung des Mangels erforderlichen Unterlagen, und die entsprechende Mutation wurde im Handelsregister bereits vollzogen (act. 20-21). Das Bundesgericht behandelt Eintragungen im Handelsregister mit deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt als notorisch. Sie können dementsprechend von Amtes wegen berücksichtigt werden (BGer 5C.219/2006 vom 16. April 2007 E. 3.4 m.w.H.; siehe auch BGE 139 III 293 E. 3.3 m.w.H.). Aufgrund der Notorietät von Eintragungen im Handelsregister kann die inzwischen erfolgte Behebung des Mangels, welcher zur Anordnung der Liquidation der Berufungsklägerin führte, somit trotz des geltenden strengen Novenrechts im Berufungsverfahren berücksichtigt werden. Eine solche Sachverhaltsergänzung von Amtes wegen drängt sich geradezu auf, zumal es sich beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (Domenig/Gür, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021 S. 168 ff., S. 172). Damit ist weder eine in ihren Interessen betroffene Gegenpartei vorhanden noch besteht nach der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Gläubiger der Berufungsklägerin an deren Auflösung. Auch aus wirtschaftlicher Sicht erscheint eine gerichtliche Auflösung nach behobenem Mangel nicht angezeigt, dient diese einschneidende Massnahme doch nur als ultima ratio (etwa OGer ZH LF210079 vom 29. November 2021).

c) Mit der Eintragung des Verzichts auf die eingeschränkte Revision im Handelsregister sind gegenwärtig die Voraussetzungen für eine gerichtliche Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} OR nicht mehr gegeben. Demzufolge ist die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

6.a) Die Kosten beider Instanzen hat die Berufungsklägerin zu tragen, da sie sowohl das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren durch ihre Versäumnisse veranlasst hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO).

b) Die von der Vorinstanz auf Fr. 2'000.– festgesetzte Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren erscheint angemessen; deren Höhe wurde von der Berufungsklägerin im Übrigen auch nicht beanstandet. Sie ist entsprechend zu bestätigen.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (Fr. 100.– bis maximal Fr. 7'000.–) in Würdigung des Streitwertes, des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Unter Berücksichtigung des Streitwertes (oben E. 4.a), des relativ kleinen Zeitaufwandes des Gerichtes und der geringen Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– angemessen. Eine Umtriebsentschädigung ist der Berufungsklägerin nicht zuzusprechen.

7. Die Berufungsklägerin ersuchte ferner um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (art. 14). Es fehlte ihr indes von Beginn weg an einem schutzwürdigen Interesse an diesem Gesuch, da der Berufung – vorbehältlich hier nicht gegebener Ausnahmen – von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu kommt (Art. 315 ZPO). Mit dem Entscheid in der Sache wird es nun gegenstandslos und ist abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung / Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. Januar 2023 aufgehoben. Dementsprechend wird die Berufungsklägerin nicht aufgelöst.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 2'000.– werden bestätigt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Horgen und an das Betreibungsamt Horgen sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
14. März 2023