

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF230037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin M^{Law} J. Camelin-Nagel

Urteil vom 10. August 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Wiedereintrag im Handelsregister**

(Rückweisung vom 19. Mai 2023)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 12. Juni 2023 (EO230015)

Erwägungen:

1.1. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) ersuchte mit Eingabe vom 27. Dezember 2022 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend Vorinstanz) um Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit B. _____ AG. Mit Urteil vom 12. Januar 2023 wurde das Gesuch abgewiesen. Die dagegen erhobene Berufung wurde von der Kammer mit Urteil vom 19. Mai 2023 (LF230011) gutgeheissen und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Mit Verfügung vom 12. Juni 2023 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer u.a. Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 5'000.– für die voraussichtlichen Organkosten an. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. Juni 2023 Beschwerde bei der Kammer mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 1 (i) (Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– für voraussichtliche Organkosten) der Verfügung vom 12. Juni 2023 vollumfänglich aufzuheben, eventuell auf einen angemessenen Betrag von höchstens Fr. 100.– herabzusetzen.
2. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

1.2. Mit Verfügung vom 29. Juni 2023 trat die Kammer auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht ein und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 8), welchen dieser innert Frist leistete (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–6). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Entscheide über die Leistung von Kostenvorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz erwog, dass vor der Wiedereintragung der B. _____ AG im Handelsregister des Kantons Zürich ein Organ zu bestimmen und einzusetzen

sei, um die Gesellschaft handlungsfähig zu machen (Art. 935 Abs. 3 i.V.m. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR). Da bei der Wiedereintragung der Handelsregistereintrag wieder so zu erstellen sei, wie er zum Zeitpunkt der Löschung bestanden habe und es die Sachnähe und Vertrautheit mit der Angelegenheiten der gelöschten Gesellschaft nahelege, sei das zuletzt eingetragene Mitglied des Verwaltungsrates, C._____ – notfalls auch gegen ihren Willen – wieder als Organ einzusetzen. Diese sei hierzu anzuhören, wobei unabhängig von ihrer Einsetzung vom Beschwerdeführer vorgängig ein Vorschuss für die voraussichtlichen Kosten des einzusetzenden Organs in der Höhe von Fr. 5'000.– einzuverlangen sei (act. 3 mit Verweis OGer ZH LF230011 vom 19. Mai 2023 und auf das Merkblatt zur Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit des Kantons Zug).

3.2. Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, es bestehe keine Rechtsgrundlage, welche ihn verpflichten würde, Organkosten vorzuschliessen. Im Gegenteil sei Art. 731b Abs. 2 OR zu entnehmen, dass die Gesellschaft die Kosten zu tragen und dem ernannten Organ (oder Sachwalter) einen Vorschuss zu leisten habe. Auch in der Judikatur sei keine Rechtsgrundlage für eine Vorschusspflicht ersichtlich. Rüetschi beschränke die Vorschusspflicht explizit auf die Einsetzung eines Liquidators im Sinne von aArt. 164 Abs. 1 lit. a HRegV. Um den Einsatz von Liquidatoren gehe es vorliegend nicht. Es gebe daher keine Grundlage für die verfügte Vorschusspflicht (act. 2 Rz. 4).

3.3. Wie bereits im Entscheid vom 19. Mai 2023 angedeutet, ist die Kammer der Ansicht, dass ein Vorschuss für die voraussichtlichen Kosten für die Einsetzung eines Organs resp. Sachwalters vom Antragsteller verlangt werden kann (OGer ZH LF230011 vom 19. Mai 2023 E. 5.4). Die Behebung des Organisationsmangels, mithin die Ernennung eines Organs, ist Voraussetzung für die Wiedereintragung der Gesellschaft. Eine Bevorschussung der Kosten für die Behebung des Organisationsmangels durch die Gesellschaft fällt daher von vornherein ausser Betracht. Dies im Gegensatz zur gerichtlichen Einsetzung eines Liquidators. Die Wiedereintragung einer Gesellschaft kann unabhängig von der Ernennung eines Liquidators erfolgen. Eine Vorschusspflicht durch die wiedereingetragene Gesellschaft wäre daher zumindest denkbar. In der Literatur wird aber auch in diesem

Fall eine Vorschusspflicht des Antragsstellers vertreten (RÜETSCHI, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV, REPRAX 4/2011 S. 23ff, 33 so auch GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl. 2016, [a]Art. 164 N 579). Aus dem gleichen Grund geht im Übrigen auch der Verweis auf Art. 731b Abs. 2 OR fehl. Es ist zwar zutreffend, dass gemäss Art. 731b Abs. 2 OR die Gesellschaft die Kosten der Ernennung eines fehlenden Organs oder Sachwalters zu tragen hat, dies setzt aber voraus, dass die Gesellschaft noch besteht. Vorliegend wurde die Gesellschaft bereits gelöscht und die Wiedereintragung setzt – wie erwähnt – die vorgängige Behebung des Organisationsmangels voraus.

Beim Gesuch um Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit i.S.v. Art. 935 Abs. 1 OR handelt es sich sodann um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. dazu den Leitentscheid BGE 140 III 550, E. 2.1 sowie unlängst BGer, 4A_257/2020 vom 22. April 2021, E. 5.3.4 und HGer ZH, HE220023 vom 6. Mai 2022, E. 2.12 = ZR 121 [2022] Nr. 50, S. 196 mit zahlreichen Hinweisen). Die Kosten sind in solchen Verfahren von der gesuchstellenden Partei vorzuschliessen und werden generell nach dem Verursacherprinzip auferlegt (vgl. OG ZH PF150016 vom 26. März 2015 E. 3.4.). Die Verpflichtung zur Kostentragung in solchen Verfahren erscheint nicht nur deshalb angemessen, weil die gesuchstellende Partei die Kosten verursacht, sondern auch, weil sie vom angebehrten Entscheid profitiert. Auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Vorschusspflicht des Beschwerdeführers, zumal sein Anliegen um Wiedereintragung der B._____ AG auch die Behebung des Organisationsmangels und damit die Ernennung eines Organs umfasst.

3.4. Der Beschwerdeführer wendet sodann ein, der Vorschuss sei zu hoch. Im zitierten Merkblatt der Vorinstanz würden einerseits Gerichtskosten gemäss Gebührentarif, dann Wiedereintragungskosten des Handelsregisteramts und schliesslich Kosten des Liquidators je nach geschätztem Aufwand zwischen Fr. 2'000.– bis Fr. 5'000.– erwähnt. Die Anwendbarkeit des Merkblatts des Kantons Zug für zürcherische Gerichte werde bestritten. Immerhin könne dem Merkblatt der Grundsatz entnommen werden, dass sich die Vorschusspflicht nach dem geschätzten

Aufwand zu bestimmen habe. Die Vorinstanz habe sich dazu aber nicht geäußert, sondern einfach den Maximalbetrag von Fr. 5'000.– herangezogen. Dies sei unbegründet, sachlich auf keine Art und Weise gerechtfertigt, mithin willkürlich. Wie im Wiedereintragungsgesuch dargelegt, verfüge die wieder einzutragende B._____ AG über eine Rechtsschutzversicherung, welche üblicherweise eine Rechtsvertretung finanziere, instruiere und Vergleichsverhandlungen führe. Die voraussichtlich erforderliche Organhandlung werde höchstens darin bestehen, eine Anwaltsvollmacht für den von der Rechtsschutzversicherung finanzierten und instruierten Rechtsvertreter zu unterzeichnen sowie an der vorinstanzlich vorgesehenen gerichtlichen Anhörung teilzunehmen. Der Aufwand betrage maximal eine halbe Stunde, weshalb die Entschädigung gemäss § 3 der Entschädigungsverordnung der obersten Gerichte maximal Fr. 100.– betrage. Weiterer Organaufwand sei nicht ersichtlich (und von der Vorinstanz nicht dargetan).

3.5. Dem Beschwerdeführer ist insofern zuzustimmen, als die Vorinstanz die Höhe des geforderten Kostenvorschusses nicht näher begründete, sondern bloss auf ein Merkblatt verwies. Dies stellt keine hinreichende Begründung dar. Unabhängig von der Anwendbarkeit des von der Vorinstanz zitierten Merkblatts des Kantons Zug hat sich die Entschädigung des einzusetzenden Organs grundsätzlich nach dessen Aufwand zu richten, weshalb dieser zumindest in den Grundzügen abzuschätzen ist. Ein Vorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– lässt darauf schliessen, dass die Vorinstanz von einem erheblichen Aufwand des einzusetzenden Organs ausgeht, welcher über die Teilnahme an der geplanten Anhörung, die Unterzeichnung einer Vollmacht für eine Rechtsvertretung (allenfalls finanziert durch die Rechtsschutzversicherung) und dessen Instruktion hinausgeht. Wie hoch der von der Vorinstanz angenommene Aufwand ist, bleibt indes unklar. Dies stellt eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs dar.

Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. BGE 127 V 431 ff., E. 3d/aa). Auch bei einer schweren Verletzung des recht-

lichen Gehörs ist von einer Rückweisung der Sache abzusehen, wenn dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 137 I 195 ff., E. 2.3.2; BGE 133 I 201 ff., E. 2.2).

Da die Beschwerdeinstanz den Sachverhalt nicht frei feststellen (vgl. hiervor E. 2), sondern nur auf Willkür hin überprüfen kann, ist die Sache zur Behebung des Mangels respektive zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. auch Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Dabei ist der Vorinstanz die Beschwerdeschrift (act. 2), in welcher sich der Beschwerdeführer zur mutmasslichen Höhe des Organaufwands äussert, zuzustellen.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Der Beschwerdeführer verlangt gestützt auf BGE 142 III 110 eine Entschädigung aus der Staatskasse. Das Bundesgericht hielt fest, dass in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Kostenaufgabe an den Kanton in Frage kommt, sofern das kantonale Recht dem nicht entgegen steht (BGE 142 III 110 E. 3.3.). Im Kanton Zürich gilt, dass dem Kanton gemäss Art. 116 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 200 lit. a GOG in Zivilverfahren keine Kosten auferlegt werden. Vorbehalten sind besondere Ausnahmefälle; die Voraussetzungen für einen solchen sind hier nicht gegeben (vgl. OGer ZH PQ140037 E. 3.1 vom 28. Juli 2014). Es besteht damit – auch gestützt auf BGE 142 III 110 – keine Grundlage für eine Entschädigung.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 (i) der Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 12. Juni 2023 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:
10. August 2023