

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170069-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 22. Mai 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend
Wiedereintragung der B. _____ AG in Liquidation nach Art. 164 HRegV

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. November 2017 (EO170003)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei die Gesuchsgegnerin wieder im Handelsregister einzutragen.
2. Eventualiter sei das Landgericht Stralsund, Postfach 2243, 18409 Stralsund, zu berechtigen, die Übertragung des im Grundbuch von C._____ des Amtsgerichts Greifswald auf Blatt ... [Blatt-Nr.] in Abteilung II unter Nummer 6 zulasten des auf dem selbigen Blatt in Abteilung I unter Nummer 1 des Bestandsverzeichnisses, Flur 1, Flurstücke 1, 2, 3 und 4, verzeichneten Grundstücks eingetragenen Erbbaurechts an den Gesuchsteller vorzunehmen und die in Abteilung II unter Nummer 3 für die Gesuchsgegnerin eingetragene Erwerbsvormerkung, sowie das in Abteilung II unter Nummer 7 eingetragene Vorkaufsrecht zu löschen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon:

(act. 7 = act. 10)

1. Das Gesuch um Wiedereintragung der B._____ AG in Liquidation in das Handelsregister des Kantons Zürich vom 4. Oktober 2017 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'516.–.
3. Die Entscheidgebühr wird dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. [Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

(act. 11 S. 2)

1. Es sei der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben und das Gesuch direkt durch das Obergericht gutzuheissen.
2. Eventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Berufungsgegners, nämlich das vorinstanzliche Bezirksgericht Dietikon bzw. des Kantons Zürich.

Erwägungen:

1.1. Am 11. Juni 2014 wurde über die B._____ AG der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde am 12. September 2014 mangels Aktiven eingestellt. Am tt.mm.2015 wurde die Gesellschaft im Sinne von Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht (vgl. Handelsregisterauszug, act. 3/1 = act. 14).

1.2. Am 4. Oktober 2017 gelangte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) an das Bezirksgericht Dietikon (fortan Vorinstanz) und verlangte die Wiedereintragung der Gesellschaft (vgl. act. 1).

1.3. Der Gesuchsteller behauptete im Wesentlichen, er habe der B._____ AG mit Vertrag vom 26. April 2007 (act. 3/3) in Deutschland ein Erbbaurecht eingeräumt. Die B._____ AG habe sich verpflichtet, innert dreier Jahren nach Abschluss des Vertrages eine Anlage zur Produktion von Biogas zu erstellen und dem Gesuchsteller einen Erbbaurechtszins zu bezahlen. Nachdem die Gesellschaft die Pflicht zur Erstellung der Anlage nicht erfüllt habe und mit der Zahlung des Erbbaurechtszinses in Rückstand geraten sei, habe der Gesuchsteller den Heimfall des Erbbaurechts geltend gemacht und am 18. September 2015 Klage beim Landgericht Stralsund eingereicht. Der Versuch des Gerichts, die Klage der B._____ AG in Liquidation auf dem Rechtshilfeweg zuzustellen, sei gescheitert (act. 3/5). Auf ein Gesuch um Wiedereintragung der Gesellschaft und Bestellung eines Nachtragsliquidators trat das Handelsgericht des Kantons Zürich mit Verfügung vom 19. September 2016 nicht ein (act. 3/6).

1.4. Mit Urteil vom 9. November 2017 wies die Vorinstanz das bei ihr gestellte Gesuch ab (act. 7). Dieser Entscheid wurde dem Gesuchsteller am 10. November 2017 zugestellt (act. 8). Mit Eingabe vom 20. November 2017 (Datum Poststempel) erhob er rechtzeitig Berufung (act. 11).

1.5. Mit Verfügung vom 23. November 2017 wurde dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 15). Der Kostenvorschuss wurde vom Gesuchsteller innert Frist ge-

leistet (act. 17). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Das Verfahren betrifft ein Begehren um Wiedereintragung einer im Handelsregister gelöschten Gesellschaft (Art. 164 HRegV). Es handelt sich um eine Angelegenheit der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Darüber entscheidet im Kanton Zürich erstinstanzlich das Einzelgericht des örtlich zuständigen Bezirksgerichts im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. e ZPO; vgl. dazu, insb. zur Abgrenzung von der Zuständigkeit des Handelsgerichts, BGE 140 III 550, vgl. auch OGer ZH LF170039 vom 17. August 2017, E. 2).

2.2 Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieser ist unter Hinweis auf den von der Vorinstanz angenommenen Streitwert gegeben (vgl. act. 10 S. 6 E. V). Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet erhobene Berufung ist somit einzutreten.

2.3. Beim Verfahren um Wiedereintragung einer Rechtseinheit ins Handelsregister findet im erstinstanzlichen Verfahren der Untersuchungsgrundsatz Anwendung, da es sich wie erwähnt um eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (vgl. Art. 255 lit. b ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und berücksichtigt neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Für das Berufungsverfahren hat sich das Bundesgericht indes dagegen ausgesprochen, Art. 229 Abs. 3 ZPO analog anzuwenden (BGE 142 III 415, E. 2.2.2; BGE 138 III 625 ff., E. 2.2). Entsprechend sind neue Tatsachen und Beweismittel vor der Berufungsinstanz nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zuzulassen, also wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Der Gesuchsteller reichte im Berufungsverfahren neu ein Gutachten über den Verkehrswert des Erbbaurechts und einen Grundbuchauszug des mit Erbbaurecht belasteten Grundstücks ein (vgl. act. 13/3–4), ohne darzutun, inwiefern

diese Urkunden nicht bereits vor der Vorinstanz hätten vorgebracht werden können. Entsprechend sind diese nicht mehr zu berücksichtigen. Wie sich nachfolgend zeigen wird, änderte sich aber am Ergebnis ohnehin nichts, da die Berufung auch ohne diese Unterlagen gutzuheissen ist.

3.1. Die Vorinstanz erwog, dem Gesuchsteller sei das Glaubhaftmachen der Voraussetzungen für eine Wiedereintragung im Sinne von Art. 164 HRegV nicht gelungen. Er habe zwar den Heimfall glaubhaft gemacht. Das Bestehen des Erbbaurechts sei aber nicht glaubhaft gemacht, da der Gesuchsteller nur den Vertrag, nicht aber den entsprechenden Grundbucheintrag nachgewiesen habe. Schon deshalb sei das Gesuch abzuweisen. Hinzu komme, dass die Wiedereintragung nach dem Grundsatz der Subsidiarität nur zulässig sei, wenn sich ein behaupteter Anspruch nicht auf anderem Weg durchsetzen lasse. Der Gesuchsteller habe nicht dargelegt, weshalb zur Rückübertragung des Erbbaurechts die Mitwirkung der B._____ AG nötig und weshalb dazu das Gerichtsverfahren in Stralsund erforderlich sei. Das Eventualbegehren wies die Vorinstanz sodann ab, weil eine Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung nur in einem Zweiparteienverfahren möglich wäre (act. 10 S. 5 E. 3).

3.2. Der Gesuchsteller führt in der Berufungsschrift aus, nach dem gemäss IPRG anwendbaren deutschen Recht erfordere die Löschung des Erbbaurechts die Wiedereintragung der B._____ AG. Das Interesse des Gesuchstellers liege auf der Hand, denn eine mit einem Erbbaurecht belastete Liegenschaft sei nur schwer zu veräussern, bzw. verliere an Wert. Da gemäss Erbbaurechtsvertrag ein Zins geschuldet sei, sei klar, dass das Erbbaurecht einen Wert habe. Die Vorinstanz stelle an die Glaubhaftmachung zu hohe Anforderungen. Der vor Vorinstanz eingereichte Erbbaurechtsvertrag genüge zur Glaubhaftmachung des Bestandes des Erbbaurechts (act. 11).

4.1.1 Gestützt auf Art. 164 Abs. 1 HRegV kann das Gericht auf Antrag die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister anordnen. Die Wiedereintragung gestützt auf Art. 164 HRegV ist zum Zweck der Beendigung einer unvollständig durchgeführten Liquidation vorgesehen (RÜETSCHI, SHK-HRegV, Bern 2013, N 11 zu Art. 164). Dies ist der Fall, wenn nach Abschluss der

Liquidation der gelöschten Rechtseinheit Aktiven vorliegen, die nicht verwertet oder verteilt worden sind (lit. a), die gelöschte Rechtseinheit in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnimmt (lit. b), die Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit für die Bereinigung eines öffentlichen Registers erforderlich ist (lit. c) oder die Wiedereintragung für die Beendigung des Konkursverfahrens der gelöschten Rechtseinheit erforderlich ist (lit. d). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Von einem Interesse auf Wiedereintragung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn nach der Löschung Aktiven auftauchen (OGer ZH LF170039 vom 17. August 2017, E. 3.3). Zum Antrag um Wiedereintragung berechtigt ist, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit hat (Art. 164 Abs. 2 HRegV). Ein solches bejaht das Bundesgericht nur, wenn das vorgebrachte Interesse einzig durch die Wiedereintragung in das Handelsregister gewahrt werden kann, das heisst die Ansprüche nicht auf einem anderen, ebenfalls zumutbaren Weg durchgesetzt werden können (Subsidiarität der Wiedereintragung, vgl. BGE 132 III 731, E. 3.2 m.w.H., RÜETSCHI, a.a.O., N 25 zu Art. 164). Das schutzwürdige Interesse an der Wiedereintragung wird dann verneint, wenn von vornherein feststeht, dass der Ansprecher den Zweck, den er mit der Wiedereintragung verfolgt, nicht erreicht (BGE 115 II 276, E. 2). Die genannten Voraussetzungen sind vom Ansprecher glaubhaft zu machen.

4.1.2 Das Beweismass des "Glaubhaftmachens" verlangt mehr als die blosser Behauptung eines Sachverhalts. Die Behauptungen haben vielmehr plausibel, also in sich stimmig bzw. schlüssig zu sein, und es sind objektive Anhaltspunkte vorzutragen, aufgrund derer sich eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen ergibt, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich möglicherweise nicht verwirklicht haben könnten (vgl. Art. 164 Abs. 1 HRegV sowie RÜETSCHI, a.a.O., N 36 ff. zu Art. 164; vgl. auch BSK ZPO-GUYAN, 3. Aufl., Basel 2017, N 10 zu Art. 157).

4.2.1 Der Gesuchsteller machte zu den Voraussetzungen der Wiedereintragung vor Vorinstanz wie erwähnt unter anderem geltend, zwischen ihm und der B._____ AG bestehe ein Erbbaurechtsvertrag, gemäss welchem die B._____ AG ein Erbbaurecht an einem Grundstück des Gesuchstellers habe. Diese Vorbrin-

gen wiederholte er im Berufungsverfahren. Die Vorinstanz sah diese als nicht glaubhaft gemacht an.

Dem Gesuchsteller ist zuzustimmen, wenn er ausführt, die Vorinstanz habe die Anforderungen an das "Glaubhaftmachen" zu hoch angesetzt. Dass es einen solchen Erbbaurechtsvertrag zwischen ihm und der B._____ AG gibt, wurde vom Gesuchsteller durch Einreichen des entsprechenden Vertrages belegt (vgl. Erbbaurechtsvertrag vom 26. April 2007, act. 3/3). Weiter wurde vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht, dass dieses Erbbaurecht aktuell noch besteht. Dieser Umstand bildet das Klagefundament des Gesuchstellers im Rahmen seiner Klage beim Landgericht in Stralsund und ist Grund dafür, dass er zuerst vor Handelsgesicht, dann vor Vorinstanz einen Weg suchte, die Mitwirkung der B._____ AG zur Übertragung des Rechts infolge Heimfalls zu erreichen. Die Ausführungen des Gesuchstellers sind damit plausibel und aufgrund des eingereichten Vertrages ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen zu bejahen. Dass sodann der Heimfall des Erbbaurechts glaubhaft gemacht ist, hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten (vgl. act. 10 S. 5 E. 3 zweiter Abschnitt unten). Durch das Glaubhaftmachen des Bestandes des Erbbaurechts zugunsten der B._____ AG ist auch glaubhaft, dass noch ein Aktivum derselben besteht. So hat das Erbbaurecht der B._____ AG einen quantifizierbaren Wert, ist doch gemäss Vertrag ein Erbbaurechtszins geschuldet (vgl. act. 3/3 S. 10 f. Ziff. III) und im Falle des Heimfalles eine Vergütung für das Erbbaurecht durch den Grundstückeigentümer zu bezahlen (act. 3/3 S. 8 § 8 letzter Absatz).

4.2.2 Ein schutzwürdiges Interesse an der Übertragung eines Erbbaurechts, bezüglich dem ein Heimfallsgrund eingetreten ist, ist ohne weiteres zu erkennen. Fraglich ist, ob die Wiedereintragung im Handelsregister der einzig zumutbare Weg ist, das angestrebte Ziel zu erreichen.

Der Gesuchsteller verweist bei der Frage nach der Übertragung des Erbbaurechts resp. der Grundbuchberichtigung auf das deutsche Recht, was auch unter Beachtung von Art. 99 Abs. 1 IPRG plausibel ist. Es handelt sich um ein dingliches Recht, welches ein deutsches Grundstück belastet und welches folglich im deutschen Grundbuch einzutragen ist. Durch den Verweis auf § 873 BGB (Erwerb

durch Einigung und Eintragung) resp. § 894 BGB (Berichtigung des Grundbuches) zeigt der Gesuchsteller auf, dass – unabhängig davon, welche Bestimmung schliesslich anwendbar ist – auf jeden Fall ein Mitwirken der B._____ AG erforderlich ist. So ergibt sich aus § 873 BGB, dass zur Übertragung des Erbbaurechts die Mitwirkung des Erbbauberechtigten notwendig ist, namentlich bedarf es einer Einigung des Erbbauberechtigten mit dem Grundstückseigentümer. Für die Berichtigung des Grundbuches im Sinne von § 894 BGB bedarf es wiederum der Zustimmung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen ist. Da die B._____ AG mit Sitz in der Schweiz im schweizerischen Handelsregister aber gelöscht ist und damit weder über eine Adresse verfügt, noch eine zur Vertretung des Unternehmens ermächtigte Person vorhanden ist, ist keine freiwillige Willensabgabe möglich, und ist eine solche ebenfalls nicht klageweise zu erlangen, was sich bereits daran zeigt, dass ohne Wiedereintragung der B._____ AG schon die Zustellung der in Deutschland eingereichten Klage unmöglich ist (act. 3/5 u. 3/6). Damit hat der Gesuchsteller genügend glaubhaft gemacht, dass die Wiedereintragung die für ihn einzige Möglichkeit darstellt, an sein Ziel zu gelangen.

4.2.3 Zu erwähnen ist, dass der Gesuchsteller diese Ausführungen zu den anwendbaren deutschen Bestimmungen erstmals vor Rechtsmittelinstanz vorbrachte. Da es sich dabei um rechtliche Ausführungen handelt, unterstehen diese nicht dem Novenrecht gemäss Art. 317 ZPO und sind nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu beachten (vgl. BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl., Basel 2017, N 12 zu Art. 317). Das tatsächliche Vorbringen, dass die Klage in Stralsund mangels Adresse der B._____ AG nicht zugestellt werden konnte, brachte der Gesuchsteller bereits vor Vorinstanz vor.

4.3. Die Voraussetzungen von Art. 164 HRegV sind damit erfüllt. Der Antrag auf Wiedereintragung der B._____ AG im Handelsregister und folglich die gegen den Entscheid der Vorinstanz erhobene Berufung ist gutzuheissen.

5. Gestützt auf Art. 164 Abs. 3 HRegV hat das Gericht bei Bejahung des rechtserheblichen Interesses in seinem Entscheid die Wiedereintragung anzuordnen und die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der wiedereinzutragenden B._____ AG fehlt es an Organen, welche für sie handeln können – es liegt ein

Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR vor. Ein solcher muss vom Gericht beseitigt werden, bevor die Rechtseinheit wieder eingetragen werden kann (GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 579 zu Art. 164; RÜETSCHI, a.a.O., N 39 zu Art. 164). Namentlich erscheint es angezeigt, für die B._____ AG einen Sachwalter einzusetzen, welcher im Zusammenhang mit der Übertragung des Erbbaurechts für die wieder einzutragende Gesellschaft und damit soweit erforderlich für die B._____ AG handeln kann.

Im Hinblick auf diese erforderlichen Massnahmen und die dabei zutreffenden Abklärungen kommt eine direkte Erledigung durch die Kammer nicht in Frage. Die Vorinstanz hat diesbezüglich noch nicht entschieden. Die Sache ist daher an sie zurückzuweisen zwecks Ernennung und Einsetzung eines Sachwalters und Festlegung der hierzu erforderlichen Rahmenbedingungen. Nach Bestimmung und Einsetzung eines Sachwalters hat die Vorinstanz die Wiedereintragung der B._____ AG mittels Anweisung an das Handelsregisteramt zu veranlassen.

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

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. November 2017 wird aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren fallen ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller, sowie an das Bezirksgericht Dietikon unter Beilage der vorinstanzlichen Akten.
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. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: