

ZH_OBERGERICHT LF190026 vom 5. Juni 2019

ZH Obergericht, 2019-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF190026

FR: ZH_OBERGERICHT LF190026 du 5 juin 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LF190026 del 5 giugno 2019

Erwägungen

E. 1.1

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2014 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (nachfolgend FINMA) fest, dass die B._____ AG ohne Bewilligung der FINMA bzw. ohne Anschluss an eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation finanzintermediäre Tätigkeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 3 des Geldwäschereigesetzes vorgenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat. Die B._____ AG wurde deshalb mit gleicher Verfügung aufgelöst und trat in Liquidation (vgl. act. 4/6 S. 26). Im August 2015 reichte die B._____ AG in Liquidation (nachfolgend B._____ AG i.L.), vertreten durch den einzigen Verwaltungsrat A._____ (nachfolgend Berufungskläger), bei der FINMA eine Staatshaftungsklage ein und machte schwerwiegende Pflichtverletzungen der Beauftragten der FINMA geltend, namentlich der E._____ AG als Liquidatorin der B._____ AG i.L. sowie der davor eingesetzten Untersuchungsbeauftragten (vgl. act. 4/1 E. I.2 und act. 4/7). Die B._____ AG i.L. wurde per tt. Januar 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich gelöscht (vgl. act. 4/7).

E. 1.2

Mit Gesuch vom 14. August 2018 verlangte der Berufungskläger beim Bezirksgericht Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) gestützt auf Art. 164 Abs. 1 lit. a und lit. b der Handelsregisterverordnung (HRegV) die Wiedereintragung der B._____ AG i.L. im Handelsregister (vgl. act. 1). Er begründete das Gesuch mit neu entdeckten Forderungen, welche im Staatshaftungsprozess gegen die FINMA zu erstreiten seien, wozu nur die inzwischen gelöschte B._____ AG i.L. aktivlegitimiert sei (vgl. act. 1 N 7 f.). Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Urteil vom 25. März 2019 ab (vgl. act. 12). Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 8. April 2019 Berufung (vgl. act. 13). Den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren leistete er innert erstreckter Frist (vgl. act. 17-21). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

- 5 -

E. 2.1

Das vorliegende 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 Bezirksgerichtes im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. e ZPO und § 24 lit. c GOG; vgl. dazu, insb. zur Abgrenzung von der Zuständigkeit des Handelsgerichts, BGE 140 III 550).

E. 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.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieser ist angesichts der vorliegenden Verhältnisse (vgl. nachfolgend unter Ziff. 4.2) gegeben. Auf die rechtzeitig, schriftlich und begründet erhobene Berufung ist somit einzutreten. Trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes bei Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. Art. 255 lit. b ZPO) sind dabei neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zuzulassen, also wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

E. 2.3

Auch bei der im vorliegenden Verfahren geltenden einfachen Untersuchungsmaxime (vgl. Mazan in: BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 255 N 6) kann und muss sich das Gericht wie im ordentlichen Verfahren zurückhalten, wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind. Die Parteien müssen den Richter über den Sachverhalt informieren und dazu die Beweismittel nennen. Es ist nicht Sache des Richters, die Akten zu durchsuchen, um darin Beweismittel zu Gunsten einer Partei zu finden (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3 = Pra 105 [2016] Nr. 99). Die Vorinstanz hatte somit – entgegen der Ansicht des Berufungsklägers (vgl. act. 13 N 15 und 30) – nicht die Pflicht, vor der Fällung des Urteils weitere Abklärungen zu treffen bzw. weitere Prozessschritte vorzunehmen.

- 6 -

E. 3.1

Die Wiedereintragung einer gelöschten Rechtseinheit ins Handelsregister gestützt auf Art. 164 HRegV ist zum Zweck der Beendigung einer unvollständig durchgeführten Liquidation vorgesehen (vgl. RÜETSCHI, SHK-HRegV, Bern 2013, Art. 164 N 11). Das Gericht kann auf Antrag die Wiedereintragung unter anderem dann anordnen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass nach Abschluss der Liquidation der gelöschten Rechtseinheit Aktiven vorliegen, die nicht verwertet oder verteilt worden sind, oder dass die gelöschte Rechtseinheit in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnimmt (Art. 164 Abs. 1 lit. a und lit. b HRegV). Zum Antrag ist nur berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung der gelöschten Rechtseinheit glaubhaft macht (Art. 164 Abs. 2 HRegV; vgl. OGer ZH LF170039 vom 17. August 2017 E. 4.2). 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 (vgl. BGE 115 II 276 E. 2). Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (BGE 142 II 49 E. 6.2). Bei der Beurteilung der Frage, ob die Bedingungen für eine Wiedereintragung erfüllt sind, sollten nicht allzu strenge Massstäbe angelegt werden und es sollten nur jene Gesuche abgelehnt werden, welche rechtsmissbräuchlich erscheinen. Dies ist bei demjenigen Gesuchsteller der Fall, der die Wiedereintragung verlangt, ohne sich auf irgendein rechtliches Interesse daran berufen zu können (BGE 132 III 731 E. 3.2. = Pra 96 [2007] Nr. 81). Die Anforderungen an das Glaubhaftmachen sind demnach nicht zu überspannen, aber sie sind auch nicht zu tief anzusetzen. Blosses Behaupten genügt auch im vorliegenden

Kontext nicht, um eine Schilderung glaubhaft zu machen (vgl. OGer ZH LF170039 vom 17. August 2017 E. 4.2).

- 7 -

E. 3.2

Aufgrund der eingereichten Staatshaftungsklage gegen die FINMA (act. 4/1) ist glaubhaft, dass die B._____ AG i.L. in einem Gerichtsverfahren als Partei teilnimmt. Der verfolgte Zweck der Wiedereintragung besteht darin, im Staatshaftungsprozess Geld zu erstreiten. Neben dem Wiedereintragungsgrund hatte der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren deshalb auch den Bestand der Forderung der B._____ AG i.L. gegenüber der FINMA glaubhaft zu machen (siehe RÜETSCHI, SHK-HRegV, Bern 2013, Art. 164 N 38). Dies gelang ihm nach Ansicht der Vorinstanz nicht, weshalb diese ein schutzwürdiges Interesse an der Wiedereintragung verneinte (vgl. act. 12 E. III.9).

E. 3.3

Der Berufungskläger führt in seiner Berufung aus, die Vorinstanz habe das Ergebnis eines allfälligen Staatshaftungsprozess gegen die FINMA nicht antizipieren dürfen. Eine Wiedereintragung wäre nur dann mangels schutzwürdigen Interesses abzulehnen, wenn der Zweck der Wiedereintragung geradezu rechtsmissbräuchlich wäre. Dem vor der FINMA hängigen Gerichtsverfahren liege jedoch kein rechtsmissbräuchliches Motiv zugrunde (act. 13 N 13 und 22). Als Grundlage für die Forderung der B._____ AG i.L. gegenüber der FINMA brachte der Berufungskläger in seinem vorinstanzlichen Gesuch drei Punkte vor:

E. 3.3.1

Als Erstes machte der Berufungskläger geltend, die von der FINMA angeordneten Massnahmen seien rechtswidrig und unverhältnismässig gewesen, da die B._____ AG zum fraglichen Zeitpunkt ihre operative Tätigkeit bereits vollumfänglich eingestellt gehabt habe, weswegen sie auch über keine Bewilligung mehr verfügen müssen. Es sei mithin kein Beaufchtigter ohne entsprechende Bewilligung tätig gewesen, was aber unabdingbare Voraussetzung für die Anordnung einer Liquidation gewesen wäre (vgl. act. 1 E. B.2.1.b)aa). In der Verfügung vom 17. Oktober 2014 schrieb die FINMA, die B._____ AG habe mit Eingabe vom 5. Februar 2014 ausdrücklich festgehalten, dass sie nicht bestreite, nach dem Ausschluss aus der SRO-TREUHAND SUISSE bis Ende 2013 weiterhin als Finanzintermediär tätig gewesen zu sein. Man sei lediglich von der falschen Annahme ausgegangen, dass die B._____ AG noch über den notwendigen SRO Anschluss verfüge. Weiter erwog die FINMA, die B._____ AG habe nach Rechtskraft des SRO-Ausschlusses innert der zweimonatigen Übergangs-

- 8 - frist weder ein Bewilligungsgesuch bei der FINMA eingereicht noch eine Aufnahme bei einer anderen SRO erwirkt. Die B._____ AG sei somit nach dem 30. September 2013 während des gesamten vierten Quartals 2013 unerlaubt als Finanzintermediär tätig gewesen (vgl. act. 4/6 N 33 und 59). Objektive Anhaltspunkte, welche gegen die Richtigkeit dieser Erwägungen und für die Richtigkeit der eigenen Behauptungen sprechen, brachte der Berufungskläger nicht vor. Seine Ausführungen im vorinstanzlichen Gesuch sind deshalb als nicht glaubhaft einzustufen. Die nicht weiter belegte Behauptung in der Berufung, der Entscheid der SRO-TREUHAND SUISSE sei an ein nicht konkret bezeichnetes Schiedsgericht weitergezogen und der Ausschluss erst im Oktober 2013 rechtskräftig ge-

worden (vgl. act. 13 N 16), hätte bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können. Sie ist somit nicht zuzulassen. Ohnehin fehlt es auch bezüglich dieser neuen Behauptung an objektiven Anhaltspunkten für deren Richtigkeit, insbesondere legt der Berufungskläger keinen Entscheid des von ihm erwähnten Schiedsgerichtes vor.

E. 3.3.2

Als Zweites brachte der Berufungskläger vor, der ursprünglich von der FINMA als Untersuchungsbeauftragter eingesetzte Rechtsanwalt F._____ gehöre der Kanzlei G._____ an, welche zum damaligen Zeitpunkt diverse Gesellschaften vertreten habe, die verschiedene Verfahren gegen den ehemaligen Verwaltungsrat der B._____ AG i.L., H._____, geführt bzw. von H._____ angestrebte Verfahren abgewehrt hätten. Es habe somit ein erheblicher Interessenskonflikt seitens Herrn F._____s vorgelegen. Die fehlende Objektivität und Unabhängigkeit habe sich denn auch darin gezeigt, dass er es nicht auf die Erfüllung seines Untersuchungsmandates, sondern auf die Schädigung der B._____ AG i.L. und von Herrn H._____ abgesehen gehabt habe. Seine Tätigkeit habe keinen ersichtlichen Nutzen für die Untersuchung gehabt (vgl. act. 1 E. B.2.1.b)bb). Wie die Vorinstanz jedoch richtig ausführte (vgl. act. 12 E. III.7) und entgegen den Ausführungen in der Berufung (vgl. act. 13 N 29), wurden diese Vorwürfe gegen Rechtsanwalt F._____ vom Berufungskläger nicht belegt. Es handelt sich vielmehr um blosser pauschaler Behauptungen. Der Berufungskläger führt in der Berufung aus, der bestehende Interessenskonflikt sei von der FINMA selbst anerkannt

- 9 - worden, indem sie Rechtsanwalt F._____ mit Zwischenverfügung vom 27. Januar 2017 durch I._____ ersetzt habe (vgl. act. 13 N 27). Dabei handelt es sich um ein unzulässiges neues Vorbringen, da dieses schon vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können. Aus den vorhandenen Akten ergibt sich im Übrigen nicht, dass ein Interessenskonflikt der Grund für den Mandatswechsel war. In der FINMA-Verfügung vom 17. Oktober 2017 steht lediglich, Rechtsanwalt F._____ habe unter Darlegung wichtiger Gründe um Entbindung vom Mandat ersucht (vgl. act. 4/6 N 2).

E. 3.3.3

Als Drittes schrieb der Berufungskläger, der Untersuchungsbericht und die übrige Tätigkeit von Herrn I._____ (Nachfolger von Herrn F._____ als Untersuchungsbeauftragter) habe keinen ersichtlichen Nutzen für die Untersuchung gehabt. Die wenigen Geschäftsführungsaufgaben, die ihm zugefallen seien, habe er nicht oder nur ungenügend besorgt. So habe er elementarste Pflichten wie beispielsweise die Buchführung, die Eingangskontrolle von fristauslösenden Zustellungen sowie die Bezahlung von Rechnungen vernachlässigt (vgl. act. 1 E. B.2.1.b)cc). Die Vorinstanz erwog zu Recht (vgl. 12 E. III.7), der Berufungskläger habe die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten und dessen Arbeit nur pauschal kritisiert. Durch seine Behauptungen sei es ihm weder gelungen die Rechtmässigkeit der Einsetzung noch die Auswahl oder die einzelnen Handlungen des Untersuchungsbeauftragten I._____ bzw. dessen berufliche Fähigkeiten und seinen Nutzen für die Untersuchung in Frage zu stellen. In der Berufung führt der Berufungskläger aus, es sei Fakt, dass die Honorare der Untersuchungsbeauftragten der FINMA beinahe die gesamte Liquidität der B._____ AG verschlungen hätten, ohne nennenswerte Resultate zu erzielen. Ebenfalls Fakt sei, dass I._____ es trotz mehrmaligen Mahnungen durch die Eidgenössische Steuerverwaltung sowie durch den Berufungskläger unterlassen habe, für das vierte Quartal 2013 fristgerecht die

Mehrwertsteuerabrechnung zu erstellen, worauf die B._____ AG mit einer Busse von rund CHF 8'000.– belegt worden sei (vgl. act. 13 N 23). Auch bei diesen Behauptungen handelt es sich um unzulässige neue Vorbringen, welche

- 10 - schon vor erster Instanz hätten geäussert werden können. Ausserdem fehlt es erneut an objektiven Anhaltspunkten zur Stützung der Behauptungen.

E. 3.3.4

Der Berufungskläger erklärt, es mure für ihn geradezu zynisch an, wenn die Vorinstanz festhalte, dass er die Vorwürfe gegen F._____ und I._____ zu "pauschal" vorgetragen habe und zu wenig Beweise für die ordnungswidrige Geschäftsführung habe beibringen können, habe er doch noch gar nicht entsprechende Urkunden beibringen können, da ihm die Akteneinsicht seitens der FINMA verwehrt worden sei (vgl. act. 13 N 9 und 28). Der Berufungskläger verweist dazu einerseits auf das Schreiben seines Rechtsvertreters vom 19. Januar 2018 an die FINMA, in welchem er im Zusammenhang mit dem Schadenersatzbegehren der gelöschten B._____ AG um Gewährung der Akteneinsicht ersuchte (act. 16/3). Andererseits verweist er auf die abschlägige Antwort der FINMA vom 19. Februar 2018, in welchem diese den Rechtsvertreter bat, aufzuzeigen, gestützt auf welche Grundlagen allfällige anspruchserhebende Personen das Staatshaftungsverfahren als Partei weiterverfolgen könnten (act. 16/4). Es handelt sich auch hier um neue Tatsachen bzw. neue Beweismittel, welche schon zusammen mit dem vorinstanzlichen Gesuch vom 14. August 2018 hätten vorgebracht werden können. Ohnehin ist nicht nachvollziehbar, warum die verweigerte Akteneinsicht im Zusammenhang mit dem Staatshaftungsverfahren es dem Berufungskläger verunmöglicht haben soll, seine Behauptungen im vorliegenden Wiedereintragungsverfahren durch objektive Anhaltspunkte zu stützen. Insbesondere wenn man bedenkt, dass der Berufungskläger Partei im abgeschlossenen FINMA Verfahren betreffend die Liquidation der B._____ AG war und er in jenem Verfahren über die jeweiligen Verfahrensschritte informiert wurde und zu den Beweismitteln Stellung nehmen konnte (vgl. act. 16/4 S. 1 und 3 f.).

E. 3.4

Im Ergebnis ist ein schutzwürdiges Interesse des Berufungsklägers an der Wiedereintragung zu verneinen, da er keinen Haftungsanspruch der B._____ AG i.L. gegenüber der FINMA glaubhaft machen konnte. Im vorinstanzlichen Gesuch um Wiedereintragung begnügte er sich mit dem blossen Behaupten angeblicher Rechts- und Pflichtverletzungen. Das Gesuch wurde zu Recht abgewiesen; ent-

- 11 - sprechend ist auch die Berufung gegen Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils abzuweisen.

E. 4

Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 4.1

Der Berufungskläger beanstandet die Höhe der Kosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 5'000.–. Er führt aus, § 8 Abs. 4 GebV OG sehe für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Gebühr von Fr. 100.– bis maximal Fr. 7'000.– vor. Die Voraussetzungen von Art. 164 HRegV könnten vorliegend ohne grossen Aufwand bejaht

werden. Es wäre demnach eine Gerichtsgebühr von maximal Fr. 1'600.– festzusetzen (vgl. act. 13 N 40 f.).

E. 4.2

Die Entscheidgebühr für ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG in Würdigung des Streitwerts, des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falls festzusetzen (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Der Streitwert bemisst sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Wiedereintragung für den Antragssteller (vgl. DAVID RÜETSCHI, SHK-HRegV, Bern 2013, Art. 164 N 41). Vor diesem Hintergrund kann auf den Betrag von Fr. 500'000.– abgestellt werden. Dabei handelt es sich gemäss Berufungskläger um den Schaden, welcher der B. _____ AG i.L. aus dem ungerechtfertigten und unverhältnismässigen Vorgehen der FINMA und ihrer Beauftragten mindestens entstanden sein soll (vgl. act. 1 N 22). Eine Gebühr am oberen Ende des Rahmens ist nur in Fällen gerechtfertigt, in welchen neben dem hohen Streit- bzw. In- teressenwert auch der Aufwand des Gerichts gross ist. Bei einem geringen Aufwand rechtfertigt ein hoher Streitwert immerhin eine Gebühr im mittleren Bereich des Rahmens (vgl. OGer ZH LF170039 vom 17. August 2017 E. 5.2.3). Es ist vor- liegend von einem mittleren Zeitaufwand für die Vorinstanz auszugehen, weshalb die Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 5'000.– angemessen ist. Auch die Beru- fung gegen Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids ist folglich abzuweisen.

E. 4.3

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 3'500.– festzusetzen (§ 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und dem Berufungskläger aufzuerle- gen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da er unterliegt, ist ihm keine Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren zuzusprechen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

- 12 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 25. März 2019 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss bezogen. 3. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zuge- sprochen.

E. 5

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge- richt, 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. 500'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 13 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: MLaw R. Jenny versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.