

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210058-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## **Urteil vom 11. September 2021**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Juli 2021 (EO210015)

## Erwägungen:

### I.

1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt Dienstleistungen im Bereich der Heizungs- und Kältemontage. Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "B.\_\_\_\_\_ -strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_" vermerkt (act. 2/1).
2. Mit Schreiben vom 16. März 2021 teilte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich der Berufungsklägerin mit, dass ihm gemeldet worden sei, dass die Berufungsklägerin an der im Handelsregister eingetragenen Adresse angeblich nicht mehr erreichbar sei. Deshalb forderte das Handelsregisteramt die Berufungsklägerin auf, innert 30 Tagen den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen und dem Handelsregisteramt vor Ablauf der Frist die im Schreiben aufgeführten Unterlagen einzureichen (act. 2/2). Nachdem dieses Schreiben der Berufungsklägerin an der im Handelsregister eingetragenen Adresse nicht zugestellt werden konnte, sondern mit dem Vermerk "*Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden*" an das Handelsregisteramt retourniert wurde (vgl. act. 2/2), wurde diese Aufforderung bzw. Fristansetzung am 24. März 2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/3).

Nachdem die Berufungsklägerin die Frist ungenutzt verstreichen liess, überwies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Angelegenheit mit Eingabe vom 7. Juni 2021 in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 und Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) (act. 1).

3. Mit Verfügung vom 9. Juni 2021 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den rechtmässigen Zustand herzustellen. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes habe die Berufungsklägerin innert Frist durch Einreichung einer entsprechenden Bestätigung des Handelsregisteramtes des Kantons

Zürich bzw. geeigneter Belege bei der Vorinstanz nachzuweisen (vgl. act. 3 Disp.-Ziff. 2 und 3). Die Zustellung dieser Verfügung an die Berufungsklägerin erfolgte direkt durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 3 Disp.-Ziff. 5; vgl. act. 4). Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes lief in der Folge unbenutzt ab.

4. Mit Urteil vom 12. Juli 2021 (act. 9 [= act. 5]) ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Elgg mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf Fr. 1'000.– fest und auferlegte diese der Berufungsklägerin. Die Zustellung an die Berufungsklägerin erfolgte wiederum durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (vgl. act. 9 Disp.-Ziff. 4), wobei die Publikation am 14. Juli 2021 erfolgte (vgl. act. 6).

5. Gegen dieses Urteil richtet sich die Eingabe der Berufungsklägerin vom 10. August 2021 (Datum Poststempel) (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-7). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1.1 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).

1.2 Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (OGer ZH, LF200049 vom 11. Dezember 2020, E. IV/2. mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011, E. 3.2). Weil in einem Organisationsmängelverfahren in jedem Fall – aufgrund der geltenden Offizialmaxime unabhängig von den konkreten Anträgen der Parteien – die Auflösung der mit dem Organisationsmangel behafteten juristischen 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; DIKE Komm ZPO-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2016, Art. 91

N 54; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 412 ff.). Der konkrete Streitwert in einem Organisationsmängelverfahren ist pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekannten) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von (i) nominellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiva (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020, E. IV./4.). In Bezug auf die Berufungsklägerin ist hier einzig das nominelle Grundkapital (Stammkapital) bekannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich auf Fr. 20'000.– (act. 2/1). Damit ist der für eine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.1 Nach dem Eingang einer Klage bzw. eines Rechtsmittels hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Zu diesen Voraussetzungen gehört die Wahrung der gesetzlichen Rechtsmittelfrist (vgl. etwa: BK ZPO-STERCHI, Bd. II, Bern 2012, Art. 321 N 22). Deren unbenützter Ablauf führt zum Untergang des Anspruchs auf Beurteilung der Streitsache durch die Rechtsmittelinstanz. Im Falle einer Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Rechtsmittelfrist 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Massgeblich für den Fristenlauf ist dabei die formgültige Zustellung des Entscheides durch das Gericht (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Dike Komm ZPO-HUNGERBÜHLER/BUCHER, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 311 N 5).

2.2 Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entscheiden (vgl. Art. 136 lit. b ZPO) gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Demnach erfolgt die Zustellung durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH). Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung sodann durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (sog. Ediktalzustellung) erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachfor-

schungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Die Zustellung gilt diesfalls am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Die Ediktalzustellung ist subsidiärer Natur und als *ultima ratio* nur zulässig, wenn eine förmliche Zustellung nach Art. 137 ff. ZPO gescheitert oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist; bei unbekanntem Aufenthalt des Empfängers müssen sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen worden, jedoch erfolglos geblieben sein (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195, E. 2.2 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.1-2 mit zahlreichen Hinweisen).

2.3 Gemäss ständiger Praxis der Kammer darf bei einer bekannten Adresse eines Empfängers erst von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden, wenn drei *formelle* Zustellversuche auf *zwei verschiedenen* Wegen erfolglos geblieben sind (vgl. OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020, E. 4.2; PS190145 vom 23. September 2019, E. 6.a; PF190001 vom 14. Februar 2019, E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 5a und c; je m.w.H.). Ist der Empfänger unter einer bekannten Adresse nicht (mehr) ermittelbar, müssen zudem sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sein (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3; BK ZPO-FREI, 2012, Art. 141 N 12; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f. = Beschluss des Obergerichtes Zürich vom 21. Januar 1991). Da die Vorinstanz sowohl die Verfügung vom 9. Juni 2021 (act. 3) als auch das Urteil vom 12. Juli 2021 (act. 9) direkt im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert hat (vgl. act. 4 und 6), ohne zuvor einen Zustellversuch an die im Handelsregister eingetragene Adresse oder an eine allenfalls mit zumutbaren Nachforschungen ermittelbare alternative Adresse, wie die Wohnadresse eines Gesellschafters, zu unternehmen, wurde der Berufungsklägerin der vorinstanzliche Entscheid nicht rechtsgültig eröffnet. Die Rechtsmittelfrist wurde deshalb durch die Publikation des Urteils der Vorinstanz vom 12. Juli 2021 am 14. Juli 2021 nicht ausgelöst und konnte für die Berufungs-

klägerin folglich nicht säumniswirksam ablaufen. Die Berufung der Berufungsklägerin vom 10. August 2021 ist deshalb rechtzeitig erfolgt.

3.1 Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz darf der betroffenen Partei aus der mangelhaften Eröffnung eines Entscheides kein Nachteil entstehen. Grundsätzlich führt die mangelhafte Eröffnung eines Entscheides zu dessen Anfechtbarkeit und nur in Ausnahmefällen zur Nichtigkeit. Eröffnet das Gericht einen Entscheid mittels öffentlicher Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, stellt sich die Frage, ob ein besonders schwerer Verfahrensmangel vorliegt, der zur Nichtigkeit des Entscheids führt (BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

3.2 Da die Vorinstanz vorliegend keinerlei Zustellversuche an die bekannte Adresse der Gesuchstellerin bzw. keine zumutbaren Nachforschungen zur Ermittlung einer alternativen Adresse der Berufungsklägerin unternommen hat, ist das Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensmangels zu bejahen. Dies gilt umso mehr, als im vorliegenden Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden könnten, wenn sie a) ohne Verzug vorgebracht werden und b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin bringt einzig vor, dass sie inzwischen – mithin nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils – neue Statuten an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich versandt habe (act. 10), welche insbesondere auch eine neue Domiziladresse beinhalten (vgl. act. 11). Da es sich dabei um ein sog. Potestativ-Novum handelt, also eine neue Tatsache, die zwar erst nach Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils entstanden ist, deren Entstehung jedoch einzig vom Willen der Berufungsklägerin abhängig war (vgl. dazu etwa LF210048 vom 12. Juli 2021, E. 2.4), käme die Novenbeschränkung auch für dieses Vorbringen zur Anwendung, was die Unzulässigkeit dieses Vorbringens und damit – mangels anderer, inhaltlich zulässiger und einschlägiger Vorbringen – die Abweisung der Berufung der Berufungsklägerin zur Folge hätte. Mithin entsteht der Berufungsklägerin aus der mangelhaften Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheides, bzw. schon aus der mangelhaften Eröff-

nung der das vorinstanzliche Verfahren eröffnenden Verfügung somit auch ein schwerer Nachteil.

Im Ergebnis ist deshalb der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache unter Beilage der Berufungsschrift der Berufungsklägerin zur Wiederholung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **IV.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Eine Parteientschädigung ist der Berufungsklägerin bereits mangels Antrag nicht zuzusprechend.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 12. Juli 2021 (EO210015) aufgehoben und die Sache zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an:
  - die Berufungsklägerin,
  - die Vorinstanz unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und unter Beilage der act. 10 und 11,
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie
  - das Konkursamt Elgg.
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. 20'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: