

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210080-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

## **Beschluss und Urteil vom 1. März 2022**

in Sachen

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

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. September 2021 (EO210028)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin), ist seit dem tt. Februar 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Handel, die Beratung, Programmierung, Konfiguration und Integration von Software. Im Handelsregister ist als Domizil die Adresse B.\_\_\_\_\_ -Platz ..., ..., vermerkt. Als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist C.\_\_\_\_\_, von D.\_\_\_\_\_ [Gemeinde], in E.\_\_\_\_\_ [Ort], aufgeführt (vgl. act. 10).

2.1 Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (fortan Handelsregisteramt) hatte offenbar erfolglos versucht, der Berufungsklägerin einen Brief an deren Rechtsdomizil zuzustellen (vgl. act. 2/3). Mangels Erreichbarkeit und der Annahme, dass die Berufungsklägerin am eingetragenen Sitz kein Rechtsdomizil mehr habe, forderte es die Berufungsklägerin in der Folge mit Schreiben vom 21. und 29. April 2021 auf, den gesetzmässigen Zustand innert 30 Tagen mittels Bestätigung der Gültigkeit des eingetragenen Domizils oder der Anmeldung eines neuen Domizils wiederherzustellen und dem Handelsregisteramt vor Ablauf der Frist die im Schreiben aufgeführten Unterlagen einzureichen, verbunden mit der Androhung, dass die Angelegenheit im Säumnisfall dem Gericht überwiesen wird (act. 2/3). Die an die Domiziladresse der Berufungsklägerin adressierten Einschreiben wurden mit dem Vermerk der Post "Annahme verweigert" an das Handelsregisteramt retourniert (vgl. act. 1 S. 2 und act. 3 Kopie Couverts). Gemäss vom Handelsregisteramt eingeholter Auskunft bei der Einwohnerkontrolle E.\_\_\_\_\_ vom 29. April 2021 hat sich der einzige Gesellschafter C.\_\_\_\_\_ per 18. März 2019 nach Arizona, USA, abgemeldet (act. 2/2). Die Aufforderung zur Behebung des Mangels bzw. Fristansetzung wurde daraufhin am 12. Mai 2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/4).

2.2 Nachdem die Frist ungenutzt verstrichen war, überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit mit Eingabe vom 5. August 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 (fortan Vorinstanz). Als Organisationsmangel wurde der Vorinstanz angezeigt, die Vertretung der Berufungsklägerin in der Schweiz gemäss Art. 814 Abs. 3 Satz 1 OR sei nicht mehr gegeben, da das einzige Mitglied der Geschäftsführung in die USA weggezogen sei (act. 1 inkl. Beilagen act. 2/1-6).

3.1 Mit Verfügung vom 9. August 2021 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und eine Vertretung mit Wohnsitz in der Schweiz im Sinn von Art. 814 Abs. 3 OR zu ernennen (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Andere Organisationsmängel waren nicht Gegenstand der Verfügung. Ohne Zustellversuch an die Domiziladresse der Berufungsklägerin wurde die Verfügung am 11. August 2021 direkt im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziff. 5; act. 4).

3.2 Die angesetzte Frist verstrich ungenutzt. Mit Urteil vom 3. September 2021 ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Winterthur-Altstadt mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt (act. 5 = act. 8). Die Mitteilung an die Berufungsklägerin erfolgte wiederum durch Publikation im SHAB (vgl. act. 8 Dispositiv-Ziff. 4) am 10. September 2021 (vgl. act. 6).

4.1 Gegen dieses Urteil richtet sich die an die Vorinstanz adressierte, jedoch bei der hiesigen Instanz per Mail eingereichte Eingabe des für die Berufungsklägerin einzelzeichnungsberechtigten C. \_\_\_\_\_ vom 25. Oktober 2021 (act. 9, act. 11 inkl. Beilagen act. 12/1-3, vgl. vorstehend Ziff. I.1). Er beantragt, die Frist zur Mangelbehebung wieder herzustellen und den Liquidationsprozess "per sofort zu Stoppen" und damit sinngemäss die Aufhebung des Urteils vom 3. September 2021. Die Eingabe wurde als Berufung gegen das vorerwähnte Urteil entgegengenommen.

4.2 Telefonisch bezeichnete C.\_\_\_\_\_ am 6. Januar 2022 seinen Vater, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-Weg ..., ..., als Zustellungsempfänger (act. 13). Entsprechendes lässt sich auch der eingereichten Beilage entnehmen (act. 12/1).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-6). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Eingaben sind dem Gericht in Papierform oder elektronisch einzureichen. Sie sind zu unterzeichnen (act. 130 Abs. 1 ZPO). Eingaben in Papierform sind mit Originalunterschrift zu versehen. Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument, das die Eingabe und die Beilagen enthält, mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders versehen sein (Art. 130 Abs. 2 ZPO). Die elektronische Übermittlung erfolgt über eine sogenannte elektronische Plattform. Eingaben können nicht einfach mit einer gewöhnlichen E-Mail an das Gericht übermittelt werden. Dreh- und Angelpunkt der elektronischen Zustellung sind die sog. anerkannten Plattformen (vgl. Art. 2 der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren [VeÜ-ZSSV], SR 272.1), bei welchen die Gerichte eine Adresse haben. Elektronische Eingaben können folglich nur an die entsprechende Adresse des Gerichts bei anerkannten Zustellplattformen gemacht werden (vgl. ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 130 N 9; BGer 5A\_650/2011 vom 27. Januar 2012, E. 4) und müssen mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders versehen sein.

2.1 Da die Rechtsmittelschrift vom 25. Oktober 2021 (act. 9 und act. 11, letzteres Dokument ist bis auf die beglaubigte Unterschrift des Notary Public Arizona deckungsgleich mit act. 9) mit gewöhnlicher E-Mail eingereicht wurde, genügte sie den vorerwähnten gesetzlichen Voraussetzungen an die Form für an das Gericht adressierte Eingaben (in Papierform mit Originalunterschrift oder mittels elektronischer Übermittlung mit anerkannter elektronischer Signatur) nicht. C.\_\_\_\_\_ machte in seiner Eingabe geltend, das Original folge über den konsulari-

schen "Service Phoenix, AZ" (act. 9 und act. 11). Da solche Übermittlungen oftmals mehrere Wochen in Anspruch nehmen, wurde zunächst auf Weiterungen verzichtet.

2.2 Am 2. Februar 2022 (Poststempel vom 7. Februar 2022) übermittelte das schweizerische Generalkonsulat in San Francisco (USA; act. 14 - 18) der Kammer die mit der Originalunterschrift von C.\_\_\_\_\_ versehene Berufungsschrift in Papierform (act. 19, 20/1 = act. 11 sowie act. 20/2 = act. 12/1) welche am 9. Februar 2022 hierorts einging (vgl. act. 19 inkl. beigelegte E-Mail Korrespondenz act. 21).

### III.

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 (OGerZH LF200049 vom 11. Dezember 2020, E. IV.2 mit Verweis auf OGerZH LF110011 vom 14. Februar 2011, E. 3.2). Weil in einem Organisationsmängelverfahren in jedem Fall – aufgrund der geltenden Officialmaxime 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. OGerZH 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 (bekanntem) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von (i) nominellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiva (OGerZH 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 auf Fr. 20'000.– (act. 10). Damit ist der für eine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2. C.\_\_\_\_\_ macht für die Berufungsklägerin sinngemäss geltend, er habe das Urteil vom 3. September 2021 nicht erhalten und erst am 18. Oktober 2021 davon erfahren, nachdem ihm dieses durch das Notariat Winterthur-Altstadt per Post in die USA gesandt worden sei. Er beantragt, den Liquidationsprozess umgehend zu stoppen (act. 20/1).

3.1.1 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. 2016, Art. 311 N 5).

3.1.2 Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist, dass die Publikation des Urteils vom 3. September 2021 rechtmässig erfolgte. Die Frage der rechtmässigen Publikation ist nicht nur im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels von Bedeutung, sondern auch in materieller Hinsicht bedeutsam. Von der Rechtmässigkeit der Publikation des Urteils vom 3. September 2021 hängt nämlich sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Berufung ab. Die Klärung solcher doppelt relevanten Tatsachen erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung und es wird ein Sachentscheid gefällt (KUKO ZPO-Domej, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 6 f.; BGer 4A\_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2).

3.2.1 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 unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen 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.

3.2.2 In der Regel kann von der Unmöglichkeit einer Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO erst ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind (vgl. KUKO ZPO-Weber, 3. Aufl. 2021, Art. 141 N 2; BSK ZPO-Gschwend, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3). Gemäss konstanter Praxis der Kammer braucht es bei bekannter Adresse des Empfängers drei *formelle* Versuche auf *zwei verschiedenen* Wegen, damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. OGerZH 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.). Auch eine Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen. In der

Lehre werden als Beispiele für ausserordentliche Umtriebe Bürgerkriegswirren, eine gänzlich fehlende staatliche Struktur des Landes, die permanente Weigerung eines Regimes, Rechtshilfe zu leisten, oder der Umstand, dass Rechtshilfebegehren zwar entgegen genommen, aber in der Folge erst nach Jahren oder gar nicht bearbeitet werden, genannt (vgl. KUKO ZPO-Weber, 3. Aufl. 2021, Art. 141 N 2; OGerZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6a).

3.3 Die Domiziladresse der Berufungsklägerin ergibt sich aus dem Eintrag im Handelsregister. Indem die Vorinstanz sowohl die Verfügung vom 9. August 2021 als auch das Urteil vom 3. September 2021 direkt im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierte, ohne zuvor einen einzigen Zustellversuch an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse der Berufungsklägerin unternommen zu haben, kam sie den vorstehend wiedergegebenen Anforderungen für eine amtliche Publikation nicht nach. Dazu, dass der Versuch der ordentlichen Zustellung an die Domiziladresse von vornherein unmöglich bzw. zum Scheitern verurteilt wäre, fehlen Anhaltspunkte. Jedenfalls kann aus den gescheiterten Zustellversuchen des Handelsregisteramtes nicht darauf geschlossen werden, zumal keine Hinweise dafür vorliegen, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an die Berufungsklägerin allgemein- oder richtsnotorisch ist bzw. mit konkreten ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre. Sodann ist zwar aktenkundig, dass der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Berufungsklägerin seinen Wohnsitz in die USA verlegt hatte. Dies lässt jedoch nicht per se auf eine Unmöglichkeit der ordentlichen Zustellung an die Domiziladresse der Berufungsklägerin schliessen. Einerseits ging die Vorinstanz nicht von einem Organisationsmangel bezüglich des Domizils der Berufungsklägerin aus, andererseits kann der Empfang von Zustellungen auch bei Wegzug des einzigen Gesellschafters mithilfe von ermächtigten Drittpersonen gewährleistet sein.

Der Berufungsklägerin wurde der Entscheid vom 3. September 2021 nach dem Gesagten nicht rechtsgültig eröffnet.

4.1 Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz darf der betroffenen Partei aus der mangelhaften Eröffnung eines Entscheids kein Nachteil entstehen. Grundsätzlich führt mangelhafte Eröffnung zur Anfechtbarkeit und nur in Ausnah-



mefällen zu 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 m.w.H.).

4.2 Nach dem Gesagten waren die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung nicht erfüllt, weshalb sowohl die Publikation der Verfügung vom 9. August 2021 als auch diejenige des Urteils vom 3. September 2021 unzulässig war. Da die Vorinstanz keinerlei ordentliche Zustellversuche an die bekannte Domiziladresse der Berufungsklägerin unternommen hat, ist das Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensmangels zu bejahen (vgl. BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.3; OGerZH LF210058 vom 11. September 2021, E. II.3.2). Der Entscheid vom 3. September 2021 ist daher in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Die Sache ist zur Wiederholung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Bei diesem Ergebnis erweist sich das Gesuch der Berufungsklägerin um Fristwiederherstellung als gegenstandlos und ist abzuschreiben.

6. Zuhanden der Berufungsklägerin ist der Vollständigkeit halber noch auf Folgendes hinzuweisen: Die Bezeichnung der Zustelladresse für das vorliegende Verfahren (vgl. vorstehend Ziff. I.4.2) hat nichts mit dem Rechtsdomizil der Berufungsklägerin zu tun. Allfällige Änderungen des Domizils sind dem Handelsregisteramt zu melden. Der Organisationsmangel bezüglich der Vertretung der Berufungsklägerin in der Schweiz wird im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens Thema sein. Der Berufungsklägerin steht es frei, die Behebung allfälliger Organisationsmängel bereits vorweg anhand zu nehmen.

#### IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Die Berufungsklägerin verlangt keine Entschädigung.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Fristwiederherstellung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. September 2021 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 an die Berufungsklägerin sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur, je gegen Empfangsschein und das Konkursamt Winterthur-Altstadt.
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

i. V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: