

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 29. November 2022

in Sachen

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

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf  
vom 19. Oktober 2022 (EO220033)

### **Erwägungen:**

1.1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm.2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt [...]. Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "B. \_\_\_\_\_-Strasse ..., C. \_\_\_\_\_" vermerkt (act. 3/1; act. 15).

1.2. Mit Schreiben vom 1. Juli 2022 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. 3/2). 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. 3/2, Rückseite), wurde die erwähnte Aufforderung bzw. Fristansetzung am tt.mm.2022 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 3/3). Nachdem die Berufungsklägerin die Frist ungenutzt hatte verstreichen lassen, überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit mit Eingabe vom 16. August 2022 in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 und Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) (act. 1).

1.3. Mit Verfügung vom 19. August 2022 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den rechtmässigen Zustand herzustellen, wobei sie darauf hinwies, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes innert Frist durch Eintragung eines gültigen Domizils im Handelsregister zu erfolgen habe (act. 4). Die Zustellung dieser Verfügung an die Berufungsklägerin erfolgte direkt durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 4 Dispositiv-Ziffer 5 sowie act. 5). Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes lief in der Folge unbenutzt ab.

1.4. Mit Urteil vom 19. Oktober 2022 (act. 6 = act. 10 = act. 12; nachfolgend zitiert als act. 10) ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Höngg-Zürich 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. 10 Dispositiv-Ziffer 4), wobei die Publikation am tt.mm.2022 erfolgte (vgl. act. 7).

1.5. Gegen dieses Urteil richtet sich die Eingabe der Berufungsklägerin vom 15. November 2022 (Datum Poststempel) (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-8). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1. 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).

2.2. Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV.2. mit Verweis auf OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2). Weil in einem Organisationsmangelverfahren 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. OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.3.1 = ZR 110/2011 Nr. 30; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54). Der konkrete Streitwert 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 m.w.H.). In Bezug auf die Berufungsklägerin ist einzig das nominelle Grundkapital (Stammkapital) bekannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus

dem Handelsregister auf Fr. 20'000.– (act. 3/1; act. 15). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

3.1. 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, 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 zehn 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 Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 5).

3.2. Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entschieden (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 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; bei unbekanntem Aufenthalt des Empfängers müssen sämtliche zumutbaren und sachdienlichen

Nachforschungen vorgenommen worden, jedoch erfolglos geblieben sein (BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1-2 m.w.H.).

3.3. 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; OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a; OGer ZH PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2; OGer ZH LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5a). 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. BK ZPO-Frei, Art. 141 N 12; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f.). Bei einem im Handelsregister eingetragenen Unternehmen käme etwa die Zustellung an ein Organ in Frage (OGer ZH PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2 m.w.H.).

Da die Vorinstanz sowohl die Verfügung vom 19. August 2022 (act. 4) als auch das Urteil vom 19. Oktober 2022 (act. 10) direkt im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert hat (vgl. act. 5 und 7), 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 19. Oktober 2022 am tt.mm.2022 nicht ausgelöst und konnte für die Berufungsklägerin folglich nicht säumniswirksam ablaufen. Die Berufung der Berufungsklägerin vom 15. November 2022 ist deshalb rechtzeitig erfolgt.

4.1. 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 Verfahrens-

mangel vorliegt, der zur Nichtigkeit des Entscheids führt (BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3 m.w.H.).

4.2. Da die Vorinstanz vorliegend keinerlei Zustellversuche an die bekannte Adresse der Berufungsklägerin bzw. keine zumutbaren Nachforschungen zur Ermittlung einer alternativen Adresse unternommen hat, ist das Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensmangels zu bejahen (ebenso OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021 E. II.3.2 sowie BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3.2). 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 die nötigen Unterlagen dem Handelsregisteramt geschickt habe, diese jedoch nicht angekommen zu sein schienen, weshalb sie am 14. November 2022 – mithin nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils – die erforderlichen Unterlagen per Einschreiben erneut an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich versandt habe (act. 11). Dazu reichte die Berufungsklägerin ein Schreiben vom 14. November 2022 an das Handelsregisteramt ein, welches als Beilagen insbesondere die am 19. Juli 2022 öffentlich beurkundeten Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Berufungsklägerin betreffend Firmen- und Sitzänderung enthält; daraus geht die neue Domiziladresse hervor (vgl. act. 13/1). Da es sich dabei um sog. unechte Noven, also Tatsachen, die bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens bestanden, sowie 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 OGer ZH LF210048 vom 12. Juli 2021 E. 2.4), käme die Novenbeschränkung für die Vorbringen der Berufungsklägerin zur Anwendung, was mutmasslich die Unzulässigkeit ihrer Vorbringen 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 Eröffnung der das vorinstanzliche Verfahren eröffnenden Verfügung ein schwerer Nachteil.

4.3. 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.

5. 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 Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 19. Oktober 2022 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 von act. 11 und act. 13/1-2,
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie
  - das Konkursamt Höngg-Zürich.
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:

M<sup>Law</sup> C. Funck

versandt am: