

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss vom 23. Februar 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Januar 2023 (EO220331)**

Erwägungen:

1.1 Die A._____ AG, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm 1992 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt Der einzelzeichnungsberechtigte B._____ ist einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin (vgl. act. 16).

1.2 Wegen Organisationsmangels der Berufungsklägerin (Fehlen einer vertretungsberechtigten Person in der Schweiz, Art. 718 Abs. 4 OR) ordnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) mit Urteil vom 5. Januar 2023 deren Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Riesbach-Zürich mit dem Vollzug (act. 7 = act. 12).

1.3 Dagegen erhob B._____ im Namen der Berufungsklägerin mit Eingaben je vom 27. Januar 2023 (act. 13 inkl. Beilage act. 15 sowie act. 17 inkl. Beilage act. 18) Berufung bei der hiesigen Instanz. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und "Wiederherstellung der Fristen" (act. 13 und act. 17).

1.4 Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 10).

2. Da die Eingaben je vom 27. Januar 2023 (act. 13 und act. 17) mit gewöhnlicher E-Mail eingereicht wurden, genügten sie den gesetzlichen Anforderungen an die Form für an das Gericht adressierte Eingaben im Sinne von Art. 130 ZPO nicht. Mit Verfügung der Kammer vom 31. Januar 2023 wurde der Berufungsklägerin in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO und unter Rücksendung der vorerwähnten Eingaben eine Frist von fünf Tagen angesetzt, um den Mangel zu verbessern bzw. um die Berufungsschriften inhaltlich unverändert und mit der Originalunterschrift versehen in Papierform oder mittels elektronischer Übermittlung mit anerkannter elektronischer Signatur erneut einzureichen. Dies erfolgte unter Hinweis, dass bei Säumnis die Eingaben je vom 27. Januar 2023 als nicht erfolgt gelten. Des Weiteren wurde die Prozessleitung delegiert (act. 19).

3.1 Die vorerwähnte Verfügung, welche an die von B._____ in den Berufungsschriften angegebene und mit dem Sitz der Berufungsklägerin gemäss Handelsregisteramt des Kantons Zürich übereinstimmende Adresse versandt wurde, konnte der Berufungsklägerin nicht zugestellt werden. Die Sendung kam gemäss Sendungsinformation der Post am 1. Februar 2023, 07:41 Uhr, bei der Abhol-/Zustellstelle an. Gleichentags, 13:33 Uhr, wurde die Annahme verweigert und die Sendung hernach an das Obergericht retourniert (vgl. act. 20).

3.2 Gemäss Art. 138 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung bei persönlicher Zustellung im Falle der Annahmeverweigerung durch den Adressaten, welcher Umstand von der überbringenden Person (inkl. Datum) festzuhalten ist, am Tag der Verweigerung als zugestellt (Zustellfiktion). Als "persönliche Zustellung" gilt jede Zustellung, bei der die überbringende Person den Adressaten bzw. eine zur Annahme berechnigte Person antrifft, eine Zustellung also tatsächlich möglich wäre (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 138 65 f.). Diese Voraussetzung ist vorliegend gemäss der Sendungsverfolgung der Post erfüllt (vgl. Ziff. 3.1 vorstehend und act. 20). Nach dem Gesagten gilt die Sendung als am 1. Februar 2023 zugestellt. Die fünfzügige Frist zur Verbesserung des Mangels begann somit am Folgetag, d.h. am 2. Februar 2023, zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO) und endete am 6. Februar 2023. Innert Frist und bis heute wurde der Mangel nicht verbessert.

4. Die Berufungsklägerin hat es nach dem Gesagten versäumt, den festgestellten Mangel zu verbessern. Androhungsgemäss (vgl. act. 19) werden die Eingaben je vom 27. Januar 2023 somit als nicht erfolgt betrachtet. Ist keine Berufung (mehr) vorhanden, fehlt es an einem zu behandelnden Rechtsmittel, weshalb kein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat; das Verfahren ist vielmehr ohne weiteres abzuschreiben (vgl. OGerZH PS220016 vom 23. Februar 2022, E. 4; Kramer/Erk, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 132 N 5 f.; ZK ZPO-Staehelin, 3. A. 2016, Art. 132 N 4).

5. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Berufungsklägerin am 31. Januar 2023 bei der Vorinstanz ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Behebung des Organisationsmangels gestellt hat. Das

entsprechende Verfahren (Geschäfts-Nr. EO230012-L) ist noch pendent (vgl. act. 22).

6.1 Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2 Beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren, das vom Handelsregisteramt gestützt auf Art. 939 OR an das Gericht überwiesen wird, handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. dazu Domenig/Gür Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021, S. 171 f.; OGerZH LF210057 vom 31. August 2021, E. 3.2). Daran ändert sich auch im Rechtsmittelverfahren jedenfalls dann nichts, wenn dieses durch die mit dem Organisationsmangel behaftete juristische Person selbst (und nicht etwa durch eine allfällig legitimierte Drittperson) ergriffen wird. Dementsprechend ist die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (Fr. 100.– bis maximal Fr. 7'000.–) in Würdigung des Streitwertes, des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen (vgl. § 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Ausgehend von einem Streitwert von mind. Fr. 100'000.– (Aktienkapital als einzig bekannte Grösse der Berufungsklägerin, vgl. act. 16) sowie unter Berücksichtigung des relativ geringen Zeitaufwands des Gerichts und der Erledigung ohne Anspruchsprüfung (§ 10 Abs. 1 GebV OG) erscheint es angemessen, die zweitinstanzliche Entscheidegebühr auf Fr. 300.– festzusetzen. Eine Umtriebsentschädigung für die Berufungsklägerin entfällt bei diesem Prozessausgang von vornherein.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich (die erstinstanzlichen Akten wurden bereits retourniert), je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mind. Fr. 100'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
23. Februar 2023