

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF230016-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. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 13. März 2023

in Sachen

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

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom  
tt.mm.2023 (EO220075)

### Erwägungen:

1.

1.1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (heute mit dem Zusatz: in Liquidation; Antragsgegnerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Berufungsklägerin) ist seit dem tt.mm.2007 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen (act. 22/2). Da die Gesellschaft ihr Domizil eingebüsst hatte, publizierte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich am tt.mm.2022 im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB Nr. ... eine Aufforderung zur Behebung des Mangels in der gesetzlich zwingenden Organisation. Nach unbenutztem Ablauf der hierzu angesetzten Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 18. Oktober 2022 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR, Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (act. 1).

1.2. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2022 setzte das Einzelgericht der Berufungsklägerin eine Frist von 20 Tagen an, um den rechtmässigen Zustand herzustellen (act. 3). Die Verfügung wurde am tt.mm.2022 im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB publiziert (act. 6). Nachdem diese Frist ebenfalls ungenutzt verstrichen war, ordnete das Bezirksgericht mit Urteil vom tt.mm.2023 die Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an, beauftragte das Konkursamt Wallisellen mit dem Vollzug und auferlegte die Entscheidgebühr der Berufungsklägerin (act. 7 = act. 18). Das Urteil wurde am tt.mm.2023 ebenfalls im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB publiziert (act. 9).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob B.\_\_\_\_\_ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Berufungsklägerin in deren Namen mit Eingabe vom tt.mm.2023 (Abgabedatum IncaMail) Berufung (act 19). Die Berufungsklägerin beantragt, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und festzustellen, dass sie über ein Rechtsdomizil verfüge, eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zudem ersucht die Berufungsklägerin in prozessualer Hinsicht um Sistierung des Verfahrens bis die Vo-

rinstanz über ihr Wiederherstellungsgesuch vom 17. Februar 2023 entschieden habe.

1.4. Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Angesichts des Ausgangs des Verfahrens wird das Wiederherstellungsgesuch bei der Vorinstanz und mithin auch eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens allerdings hinfällig, weshalb das Sistierungsbegehren abzuschreiben ist.

1.5 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1–16). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

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). 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 Oficialmaxime 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 Kan-

tons Zürich auf Fr. 20'000.-- (act. 22/2). Damit ist der für eine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.2. Die Berufung richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.3. Das angefochtene Urteil wurde am tt.mm.2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB publiziert (act. 9). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann demnach am darauffolgenden Tag zu laufen und endete am tt.mm.2023 (Art. 141 Abs. 2 und 142 Abs. 1 ZPO). Mit der am tt.mm.2023 abgegebenen Beschwerde wurde die zehntägige Rechtsmittelfrist grundsätzlich nicht gewahrt (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Vorausgesetzt für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist jedoch, dass die Publikation des Urteils vom tt.mm.2023 rechtmässig erfolgte. Gerade das bestreitet der Beschwerdeführer mit der Beschwerde, indem er geltend macht, sowohl das Urteil vom tt.mm.2023 wie auch die Verfügung vom 21. Oktober 2022 seien zu Unrecht publiziert worden. Er rügt damit gleichzeitig eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Verhältnismässigkeitsprinzips.

In Anwendung der Lehre und ständigen Rechtsprechung zur sogenannt doppelrelevanten Tatsache ist im Rahmen der Eintretensfrage auf eine eingehende Klärung zu verzichten, weil die Frage der Zulässigkeit der Publikation nicht nur im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels, sondern auch in materieller Hinsicht bedeutsam ist. Davon hängt sowohl die Zulässigkeit als letztlich auch die Begründetheit der Berufung ab. Eine solche zweifach erhebliche oder doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurde (siehe nachfolgend E. 3.1). Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der

materiellen Beurteilung und es wird ein Sachentscheid gefällt (KUKO ZPO-DOMEJ, 2. Aufl. 2014, Art. 60 N 6 f.; HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen 2010, N 83 ff., N 187 ff. und N 211 ff.; BGE 122 III 249; BGE 137 III 32 E. 2.3, BGer, 4A\_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2).

2.4. Im Übrigen wurde die Berufung vom tt.mm.2023 schriftlich und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Die Berufungsklägerin bringt zusammengefasst vor, B.\_\_\_\_\_ sei Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift für die Berufungsklägerin und in C.\_\_\_\_\_ [Gemeinde] im Kanton D.\_\_\_\_\_ wohnhaft. Das gehe aus dem Handelsregisterauszug hervor. Dennoch habe die Vorinstanz keine Nachforschungen bei der Einwohnerkontrolle oder beim Migrationsamt D.\_\_\_\_\_ angestellt, um die Adresse von Herrn B.\_\_\_\_\_ zu erhalten. Ebenso sei nicht versucht worden, ihn zu kontaktieren oder ihm die Vorladung oder das Urteil zuzustellen. Deshalb sei eine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt nicht zulässig gewesen und es sei das rechtliche Gehör und das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt worden (act. 19 S. 4 und S. 6 f.).

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. Die Zustellung erfolgt 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 (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).

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; 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). Zudem ist insbesondere bei Organisationsmängelverfahren – namentlich wenn wie vorliegend die Domiziladresse fehlt oder eine Zustellung an diese nicht möglich ist – eine Zustellung an einen Gesellschafter angezeigt, sofern eine diesbezügliche Adresse bekannt bzw. mit den zumutbaren Nachforschungen herauszufinden ist. Zweck des Organisationsmängelverfahrens ist gerade, der Gesellschaft zumindest eine Chance zur Korrektur der Mängel zu geben. Die drohende Auflösung der juristischen Person und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs sowie die damit verbundene dauernde Handelspublizität rechtfertigen es, dass das Gericht nicht nur

die Zustellung an die Domiziladresse selbst, sondern bei zumutbarem Aufwand auch an bekannte Gesellschafter versucht.

3.4. Da die Vorinstanz sowohl die Verfügung vom 21. Oktober 2022 (act. 3) als auch das Urteil vom tt.mm.2023 (act. 7) direkt im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert hat (vgl. act. 5-6 und act. 8-9), ohne zuvor einen Zustellversuch (beispielsweise an die Wohnadresse des Gesellschafters) zu unternehmen, wurde der Berufungsklägerin der angefochtene Entscheid nicht rechtsgültig zugestellt bzw. eröffnet. Die Rechtsmittelfrist wurde deshalb durch die Publikation des Urteils der Vorinstanz vom tt.mm.2023 am tt.mm.2023 nicht ausgelöst und konnte für die Berufungsklägerin folglich nicht säumniswirksam ablaufen. Die Berufung der Berufungsklägerin vom tt.mm.2023 ist deshalb rechtzeitig erfolgt.

3.5. 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).

Indem die Vorinstanz vorliegend keinerlei Zustellversuche an die Berufungsklägerin bzw. keine zumutbaren Nachforschungen zur Ermittlung einer alternativen Adresse der Berufungsklägerin unternommen hat, wurde das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin in schwerwiegender Weise verletzt (Art. 53 ZPO). Der Berufungsklägerin hatte vom Verfahren keine Kenntnisse, da bereits die das Verfahren einleitende Verfügung unzulässigerweise direkt durch Ediktalzustellung eröffnet wurde und es war ihr daher verwehrt, ihre Rechte wahrzunehmen. Ihr wurde insbesondere im vorinstanzlichen Verfahren unter anderem die Möglichkeit verweigert, im Sinne der Verfügung vom 21. Oktober 2022 innert Frist den festgestellten Organisationsmangel zu beheben (vgl. act. 3). Damit ist das Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensmangels zu bejahen. Mithin entsteht der Berufungsklägerin aus der mangelhaften Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheides, bzw.

schon aus der mangelhaften Eröffnung der das vorinstanzliche Verfahren eröffnenden Verfügung somit auch ein schwerer Nachteil.

3.6. Im Ergebnis ist deshalb der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache ist zur Wiederholung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebür ausser Ansatz.

4.2 Die Berufungsklägerin verlangt eine Entschädigung. Neben dem, dass sie ihren Antrag nicht begründet (vgl. statt vieler BGer 4A\_192/2016 vom 22. Juni 2016 E. 8.2), besteht keine gesetzliche Grundlage für eine Entschädigungspflicht des Staates (vgl. z.B. OGer ZH PC130059, E. 6; OFK ZPO-MoHS, 2. Aufl. 2015, Art. 107 N 8; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 107 N 11). Eine Entschädigung ist daher grundsätzlich nicht zuzusprechen. Eine Ausnahme davon rechtfertigt sich nur dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist oder in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler (vgl. BGE 139 III 471 E. 3 = Pra 103 (2014) Nr. 28; vgl. auch OGer ZH RU180020 vom 11. Juli 2018, E.4.2). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

#### **Es wird erkannt:**

1. Das Sistierungsbegehren wird abgeschrieben.
2. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksamtes Bülach vom tt.mm.2023 aufgehoben und die Sache zur Wiederholung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Opfikon und an das Konkursamt Wallisellen, sowie – unter Beilage der vorinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.
6. 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: