

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF230054-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.  
Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## **Beschluss und Urteil vom 16. August 2023**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin M.A.  
HSG in Law X2.\_\_\_\_\_

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juli 2023 (EO230183)

### **Erwägungen:**

1.1 Bei der Berufungsklägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche seit dem tt.mm 2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Sie bezweckt das Erbringen von Beratungsdienstleistungen, insbesondere im Bereich ... sowie Dienstleistungen im Bereich ... (act. 23). Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "...". Seit der Löschung von B.\_\_\_\_\_ (mit SHAB-Publikation vom tt.mm 2023) ist C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ [Ortschaft], als einziges Mitglied des Verwaltungsrates eingetragen (a.a.O.).

1.2 Mit Schreiben vom 9. März 2023 (act. 2/2 = vgl. act. 4 Anhänge) teilte die Stiftung Auffangeinrichtung BVG dem Handelsregisteramt mit, die Berufungsklägerin sei an der im Handelsregister eingetragenen Adresse nicht erreichbar; die Post habe gemeldet, dass diese Adresse der Firma nicht zugeordnet werden könne. Mit Schreiben vom 15. März 2023 (act. 2/3 = vgl. act. 4 Anhänge) wies das Handelsregisteramt die Berufungsklägerin darauf hin, dass sie an der eigenen Adresse (Rechtsdomizil) angeblich nicht mehr erreichbar sei. Gleichzeitig forderte es die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben, indem sie die erforderliche Anmeldung vornehme oder belege, dass keine Eintragung, Änderung oder Löschung erforderlich sei. Das Schreiben konnte der Berufungsklägerin an der Domiziladresse nicht zugestellt werden, sondern wurde mit dem Vermerk "*Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden*" an das Handelsregisteramt retourniert (vgl. a.a.O.). Daraufhin wurde die Aufforderung am tt.mm 2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/4). Nach unbenutztem Ablauf der Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 23. Mai 2023 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR und Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) (act. 1, act. 2/1-4).

1.3 Mit Verfügung vom 25. Mai 2023 (act. 4) setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den Organisationsmangel zu beheben. Die Verfügung wurde an B.\_\_\_\_\_, Einzelzeichnungsberechtigter, an dessen Meldeadresse (vgl. act. 3) versandt. Sie konnte dort nicht zugestellt werden, sondern wurde von der

Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurückgesandt (vgl. act. 5). Weitere Zustellversuche wurden nicht unternommen, weitere Abklärungen nicht getätigt und die Verfügung wurde auch nicht publiziert.

1.4 In der Folge ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 4. Juli 2023 (act. 6 = act. 18 [Aktenexemplar] = act. 20) die Auflösung der Berufungsklägerin und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1), beauftragte das Konkursamt Zürich (Altstadt) mit dem Vollzug (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2) und auferlegte der Berufungsklägerin die auf Fr. 1'000.– festgesetzte Entscheidegebühr (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3). Das Urteil wurde gleichentags im SHAB publiziert (act. 7).

1.5 Dagegen erhebt die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 9. August 2023 (act. 19, überbracht) Berufung samt Beilagen (act. 21, 22/2 und 22/4-11) mit folgenden Anträgen:

- "1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juli 2023 im Verfahren EO230183 nichtig ist und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juli 2023 im Verfahren EO230183 sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen (*eventualiter*: Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juli 2023 im Verfahren EO230183 sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen).
2. Das Bezirksgericht Zürich sei im Rahmen der Rückweisung anzuweisen, der Berufungsklägerin Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen.
3. *Eventualiter* zu den Rechtsbegehren 1 und 2:
  - a) Es sei die Frist zur Erhebung einer Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juli 2023 im Verfahren EO230183 wieder herzustellen.
  - b) Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juli 2023 im Verfahren EO230183 sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen.
  - c) Das Bezirksgericht Zürich sei im Rahmen der Rückweisung anzuweisen, der Berufungsklägerin Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Staatskasse.

**Dringende, superprovisorisch zu behandelnde Verfahrensanhträge:**

1. Es sei sofort (superprovisorisch) festzustellen, dass der vorliegenden Berufung aufschiebende Wirkung zukommt.
2. Der Vollzug des Urteils vom 4. Juli 2023 sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sofort (superprovisorisch) einzustellen bzw. rückergängig zu machen. Insbesondere sei
  - a) das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, sofort und unverzüglich die gestützt auf das Urteil vom 4. Juli 2023 / SHAB-Eintrag Nr. ... (SHAB-Datum ttt.mm 2023; Seite Id ...) vorgenommenen Änderungen zu widerrufen und sämtliche damit verbundenen Eintragungen sofort und unverzüglich zu löschen, insbesondere den beim Firmeneintrag angefügten Zusatz «in Liquidation» sowie den Eintrag Nr. ... («Mit Urteil vom 04.07.2023 hat das Bezirksgericht Zürich die Gesellschaft aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR angeordnet»); und
  - b) das Konkursamt Zürich (Altstadt) anzuweisen, sofort und unverzüglich das Verfahren zur Durchführung der Liquidation über die Berufungsklägerin nach den Regeln des Konkurses bis zum Entscheid über die Berufung einzustellen."

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-16). Auf weitere prozessleitende Schritte ist zu verzichten. Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid sind die prozessualen Anträge der Berufungsklägerin als gegenstandslos abzuschreiben.

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 (vgl. OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020, E. IV./2 mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011, E. 3.2), wobei der Streitwert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu bestimmen ist (vgl. OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011; ZR 110 [2011] Nr. 30 E. 3.3.1; DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Zürich 2013, S. 412 ff.). Das nominelle Grundkapital (Aktienkapital) der Berufungsklägerin beläuft sich gemäss Auszug aus dem Han-

delsregister auf Fr. 100'000.– (act. 23). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.2 Die Berufung ist innert 10 Tagen ab Zustellung des angefochtenen Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (vgl. Art. 939 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR i.V.m. Art. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Erfolgt die Zustellung durch Publikation, gilt die Zustellung am Tag der Publikation als erfolgt (vgl. Art. 141 ZPO), hier am 4. Juli 2023 (vgl. oben E. 1.4). Die 10-tägige Frist zur Erhebung einer Berufung lief folglich grundsätzlich am 14. Juli 2023 ab. Die Frist ist eingehalten, wenn Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die Berufung wurde am 9. August 2023 beim Obergericht des Kantons Zürich abgegeben (act. 19 S. 1). Entsprechend ist die Berufung grundsätzlich verspätet eingereicht worden.

3. Vorliegend stellt sich allerdings die Frage, ob die Voraussetzungen für die öffentliche Bekanntmachung des angefochtenen Urteils vom 4. Juli 2023 vorlagen (vgl. auch OGer ZH LF230049 vom 3. August 2023, E. II.). Lagen diese Voraussetzungen nicht vor, führte diese mangelhafte Eröffnung laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zumindest dann zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils, wenn die Berufungsklägerin keine Kenntnis vom Verfahren bzw. keine Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen und sich vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils zu äussern (vgl. BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.3 m.w.H.). Diesfalls wäre durch die Publikation keine Rechtsmittelfrist ausgelöst worden (vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021, E. 2.3).

3.1 Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie gilt als erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Bei einer Zustellung an eine juristische Person an deren Sitz oder Geschäftsniederlassung, hat diese an den Adressaten, eine im Handelsregister eingetragene

Person oder eine andere zur Vertretung berechnigte Person, und subsidiär an einen (ausdrücklich, stillschweigend oder aus den Umständen ergebend) bevollmächtigten Angestellten zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS200088 vom 8. Mai 2020, E. 3.1; PS160081 vom 3. Juni 2016, E. 3.2). Die Zustellung kann an die Sitzadresse oder eine Geschäftsniederlassung der juristischen Person erfolgen, aber auch an der Privat- oder Geschäftsadresse des Vertreters (vgl. dazu BGer 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012, E. 3.4 m.w.H. und auch ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5). Die Zustellung wird am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch fingiert, wenn der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a ZPO). Als Zustellung "auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung" im Sinne von Art. 138 Abs. 1 ZPO kommen im Kanton Zürich insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (vgl. § 121 Abs. 1 GOG/ZH).

Des Weiteren kann die Zustellung 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 (Art. 141 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung gilt diesfalls am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO).

In der Regel darf erst von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden, wenn ausreichende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt noch zu Hause persönlich angetroffen werden kann (vgl. etwa OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6a m.w.H.). Bei einer bekannten Adresse eines Empfängers darf gemäss ständiger Praxis der Kammer von einer Unmöglichkeit der Zustellung erst ausgegangen werden, wenn drei *formelle* Zustellversuche auf *zwei verschiedenen* Wegen erfolglos geblieben sind; 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. für Verfahren betr. Organisationsmängel OGer ZH LF220104 vom 30. Januar 2023, E. 3.3.2; LF220095 vom 29. November 2022, E. 3.3; LF220026 vom 12. April 2022, E. 3.2; LF210058 vom 11. September 2021, E. II./2.3; siehe auch 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.).

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 (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195, E. 2.2 und BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.1 f. mit zahlreichen Hinweisen).

3.2 Die Vorinstanz forderte die Berufungsklägerin mit Verfügung vom 25. Mai 2023 auf, den Organisationsmangel zu beseitigen. Hierfür versandte sie die Verfügung lediglich einmalig an die Meldeadresse des zum damaligen Zeitpunkt noch als Einzelzeichnungsberechtigter im Handelsregister eingetragenen B.\_\_\_\_\_. Diese Sendung wurde an die Vorinstanz retourniert, nachdem B.\_\_\_\_\_ diese innert der 7-tägigen Frist nicht abgeholt hatte (act. 5). Daraufhin erliess die Vorinstanz das Urteil vom 4. Juli 2023 und liess dieses ohne Weiteres im SHAB publizieren.

Dass die Vorinstanz vor der öffentlichen Bekanntmachung des Urteils bereits weitere Zustellungen im Sinne der erwähnten Praxis versucht hätte – namentlich auch, um die Verfügung vom 25. Mai 2023 der Berufungsklägerin zustellen zu können –, ist nicht aktenkundig. Die Voraussetzungen der öffentlichen Bekanntmachung nach Art. 141 Abs. 1 ZPO, zu welchen nur als letztes Mittel gegriffen werden darf, waren somit nicht erfüllt.

Ausserdem hatte die Berufungsklägerin von der vorinstanzlichen Verfahrenseröffnung mangels Zustellung der Verfügung vom 25. Mai 2023 keine Kenntnis und somit auch keine Gelegenheit erhalten, am gegen sie laufenden Verfah-

ren teilzunehmen. Hinweise darauf, dass die Berufungsklägerin sonstwie vom Organisationsmängelverfahren Kenntnis gehabt hätte, sind keine aktenkundig.

Entsprechend leidet das vorinstanzliche Urteil an einem schweren formellen Mangel, der im Berufungsverfahren auch nicht geheilt werden kann. Das vorinstanzliche Urteil ist nichtig und von Amtes wegen aufzuheben (vgl. BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.3). Die Vorinstanz wird das Verfahren nochmals durchzuführen haben.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin auch über keine vertretungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz verfügt (Art. 718 Abs. 4 OR). Auch dieser Mangel wird fristgerecht zu beheben sein.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidegebühr ausser Ansatz. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die prozessualen Anträge der Berufungsklägerin werden abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, vom 4. Juli 2023 (EO230183) wird 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, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Zürich (Altstadt) sowie – unter



Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz je gegen Empfangsschein.

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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: