

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230063-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 25. September 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Gesellschaft und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Affoltern vom tt.mm.2023 (EO230002)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die A._____ GmbH (Gesellschaft und Berufungsklägerin, fortan Berufungsklägerin) ist seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Ausführung von Malerei- und Reinigungsarbeiten. Als Domiziladresse war und ist die B._____ -strasse 1 in C._____ im Handelsregister eingetragen (vgl. act. 2/1 und act. 22).

1.2. Mit Schreiben vom 24. Februar 2023 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, es gehe aufgrund von deren Nichterreichbarkeit davon aus, sie habe zurzeit an ihrem Sitz kein Rechtsdomizil mehr. Das Handelsregisteramt forderte die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben. Das Schreiben konnte der Berufungsklägerin an der im Handelsregister eingetragenen Adresse nicht zugestellt werden, es kam von der Post am 6. März 2023 mit dem Vermerk "Weggezogen. Nachsendefrist abgelaufen" zurück (vgl. act. 2/4). Online-Domizilnachforschungen (inkl. auf <tel.search.ch>) des Handelsregisteramtes ergaben nur bisherige und keine neuen Einträge bezüglich Adressen der Berufungsklägerin (act. 2/5). Daraufhin wurde die Aufforderung zur Behebung des Organisationsmangels am tt.mm.2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/6). Am tt.mm.2023 übermittelte das Handelsregisteramt die SHAB-Publikation an D._____ (einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Berufungsklägerin mit Einzelunterschriftsberechtigung) an die E._____ -strasse 2 in F._____ (act. 2/7). Nach unbenutztem Ablauf der Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 4. Mai 2023 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Affoltern (Vorinstanz; act. 1).

1.3. Mit Verfügung vom 17. Mai 2023 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den rechtmässigen Zustand (Eintragung eines gültigen Domizils) wiederherzustellen, unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Des Weiteren wurde der Berufungsklägerin das Vorgehen der Mangelbehebung während laufendem Verfahren in Zusammenarbeit mit dem Handelsregisteramt erläutert (act. 3 Dispositiv-Ziffer 4). Die an die im Handelsre-

gister eingetragene Adresse der Berufungsklägerin versandte Verfügung vom 17. Mai 2023 wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" an die Vorinstanz retourniert (act. 4). Die Verfügung wurde daraufhin am tt.mm.2023 im SHAB publiziert (act. 6-7). Am tt.mm.2023 sandte die Vorinstanz eine E-Mail betreffend Organisationsmangel etc. mit der Bitte um telefonische Kontaktaufnahme an die E-Mailadresse "A.____@hotmail.com" (act. 8). Mit Verfügung vom 2. August 2023 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin erneut Frist an, um den Organisationsmangel zu beheben (act. 9). Die Verfügung wurde am tt.mm.2023 im SHAB publiziert (act. 10-11). Nachdem die Frist gemäss der Verfügung vom 2. August 2023 ungenutzt abgelaufen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom tt.mm.2023 die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an. Die Vorinstanz beauftragte das Konkursamt Affoltern ZH mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf Fr. 1'300.00 fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (act. 13 = act. 19 S. 2 f.).

1.4. Am 6. September 2023 (Datum Poststempel: 4. September 2023) ging beim Obergericht des Kantons Zürich ein Schreiben betreffend die A.____ GmbH ein unter Beilage u.a. eines Ausdrucks der SHAB Publikation des vorinstanzlichen Urteils vom tt.mm.2023 (act. 20 und act. 21/2). Die Eingabe erfolgte innert Rechtsmittelfrist (act. 14). Folglich wurde das vorliegende Verfahren angelegt. Mit Verfügung vom 8. September 2023 wurde der Berufungsklägerin eine Nachfrist angesetzt, um die Eingabe vom 4. September 2023 mit einer Originalunterschrift (von einer für sie zeichnungsberechtigten Person) versehen wieder einzureichen. Die nämliche Frist wurde der Berufungsklägerin angesetzt, um die Eingabe in vollständig lesbarer Form einzureichen, dies unter der Androhung, dass im Falle der Säumnis die Eingabe vom 4. September 2023 nur insofern behandelt werde, als sie für das Gericht lesbar sei. Zudem wurde die Prozessleitung delegiert (act. 23). Die Verfügung vom 8. September 2023 wurde der Berufungsklägerin an die von ihr angegebene Adresse an der G.____-strasse 3 in ... Zürich am 12. September 2023 zugestellt (act. 24). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-17). Mit Poststempel vom 15. September 2023 und damit innert der angesetzten Nachfrist ging ein vom zeichnungsberechtigten

Geschäftsführer der Berufungsklägerin, D._____, unterzeichnetes Schreiben bei der Kammer ein (act. 25). Die Berufungserhebung kann damit als genehmigt gelten. Die Eingabe vom 4. September 2023 wurde innert der Nachfrist nicht in vollständig lesbarer Form nachgereicht. Bei der vom zeichnungsberechtigten Geschäftsführer der Berufungsklägerin eingereichten Eingabe handelt es sich um ein neues Schreiben (act. 25). Ob dieses noch innerhalb der Rechtsmittelfrist eingereicht wurde resp. im Berufungsverfahren noch Beachtung finden kann, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

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. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, wobei der Streitwert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu bestimmen ist (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV/2. mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2; 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, S. 412 ff.). Das Stammkapital der Berufungsklägerin beläuft sich gemäss Handelsregisterauszug auf Fr. 20'000.00 (act. 22). Damit ist der für die Berufung erforderliche Streitwert gegeben.

2.2. Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1. Die Berufungsklägerin beruft sich im Wesentlichen darauf, dass sie über eine neue Adresse an der G._____-strasse 3 in ... Zürich verfügt habe (act. 20).

Aus dem von ihr bei der Kammer eingereichten Schreiben des Handelsregisteramtes vom 6. Juli 2023 geht hervor, dass sie diesem am 3. Juli 2023 Unterlagen zur Domiziländerung eingereicht hat. Das Handelsregisteramt teilte mit, dass – damit die gewünschte Eintragung vorgenommen werden könne – noch Unterlagen fehlten (act. 21/1).

3.2. Die Berufungsklägerin setzt sich mit der vorinstanzlichen Erwägung, wonach bei ihr mangels Eintragung eines gültigen Domizils im Handelsregister ein Organisationsmangel vorliege, nicht auseinander. Vielmehr bringt sie neue Tatsachen vor, bei denen es sich grundsätzlich um unzulässige Noven handeln würde, die im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen wären (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Vorliegend stellt sich allerdings die Frage, ob die Berufungsklägerin überhaupt rechtzeitig ins vorinstanzliche Verfahren einbezogen wurde, sie Kenntnis von der Verfahrenseröffnung sowie die Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen und sich vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils zu äussern. Wäre dies nicht der Fall, so würde dies einen schweren Verfahrensmangel darstellen, der grundsätzlich die – von Amtes wegen zu berücksichtigende – Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides zur Folge hätte (vgl. BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3.2. m.w.H.).

3.3.1. 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). 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 berechtigte Person und subsidiär an einen (ausdrücklich, stillschweigend oder sich aus den Umständen ergebend) bevollmächtigten Angestellten zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS200088 vom 8. Mai 2020 E. 3.1; OGer ZH PS160081 vom 3. Juni 2016 E. 3.2). Die Zustellung kann an die Sitzadresse oder eine Geschäftsnieder-

lassung der juristischen Person erfolgen, aber auch an die 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 Umständen 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.).

Gemäss 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, Bd. I, Bern 2012, 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.).

3.3.2. Die Vorinstanz hat die Verfügung vom 17. Mai 2023 zunächst an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse der Berufungsklägerin versandt, wo sie nicht zugestellt werden konnte (act. 3-4). Daraufhin nahm die Vorinstanz eine Publikation im SHAB vor (act. 6-7). Die Verfügung vom tt.mm.2023 eröffnete die Vorinstanz direkt durch amtliche Publikation im SHAB (act. 9-11). Dazwischen tätigte die Vorinstanz einen Versuch zur Kontaktaufnahme mit der Berufungsklägerin via einfacher E-Mail an "A.____@hotmail.com" (act. 8). Der Versand einer einfachen E-Mail durch die Vorinstanz vermag den gesetzlichen Anforderungen nach Art. 139 ZPO nicht zu genügen. Insbesondere liegen keine Belege oder Hinweise dazu vor, ob die E-Mail von der Berufungsklägerin gelesen wurde und sie auf diesem Weg vom vorinstanzlichen Verfahren Kenntnis erlangte.

Vor der amtlichen Publikation im SHAB wurden keine Nachforschungen oder weitere Zustellversuche im Sinne der vorstehend genannten Praxis getätigt. Aus den vorinstanzlichen Akten geht nicht hervor, dass zumutbare Erkundigungen zur Ermittlung einer alternativen Adresse der Berufungsklägerin, insbesondere etwa zu derjenigen ihres einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers, unternommen worden sind. Die (verfahreneinleitenden) vorinstanzlichen Verfügungen wurden damit der Berufungsklägerin auf dem Weg der amtlichen Publikation nicht rechtsgültig eröffnet und sie hatte folglich keine Gelegenheit erhalten, am gegen sie laufenden Verfahren teilzunehmen. Entsprechend leidet das vorinstanzliche Urteil an einem schweren formellen Mangel, der im Berufungsverfahren auch nicht geheilt werden kann, zumal neue Tatsachen und Beweismittel nur noch beschränkt berücksichtigt werden könnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021 E. II.3.2.; OGer ZH LF220003 vom 1. März 2022 E. 3.2). Das führt (in Gutheissung der Berufung) zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom tt.mm.2023 und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

Abschliessend ist die Berufungsklägerin noch darauf hinzuweisen, dass sie sich – nachdem sie nun vom Verfahren Kenntnis hat – sorgfältig um Postsendungen von der Vorinstanz wird kümmern müssen. Der Organisationsmangel, dass die

Berufungsklägerin am eingetragenen Rechtsdomizil nicht mehr erreicht werden kann, ist noch nicht behoben (act. 22). Würde sie die neue Verfügung der Vorinstanz mit Fristansetzung zur Behebung des Organisationsmangels nicht abholen, würde die Zustellung (an die von ihr angegebene Adresse "G._____ - strasse 3 in ... Zürich") als am letzten Tag der Abholfrist gültig erfolgt gelten (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

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

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Affoltern vom tt.mm.2023 (Geschäfts-Nr. EO230002-A/U) wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung 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, das Konkursamt Affoltern ZH und das Betreibungsamt Hausen a.A., 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
25. September 2023