

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210057-O/U

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

Beschluss vom 31. August 2021

in Sachen

A. _____ GmbH,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Juli 2021 (EO210139)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Die A._____ GmbH, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Entwicklung, die Herstellung, das Marketing sowie den Verkauf und Vertrieb von Parfums und anderen Duftstoffen. Als Domiziladresse ist im Handelsregister des Kantons Zürich die Adresse "c/o B._____, C._____-Gasse ..., ... Zürich" vermerkt (act. 11).

1.2 Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich hatte offenbar erfolglos versucht, der Berufungsklägerin ein Schreiben betreffend Registerbereinigung an deren Rechtsdomizil zuzustellen. Das Couvert war mit dem Vermerk "Annahme verweigert" retourniert worden (vgl. act. 2/2). Mit Schreiben vom 29. März 2021 forderte das Handelsregisteramt die Berufungsklägerin auf, den gesetzmässigen Zustand innert 30 Tagen wiederherzustellen und dem Handelsregisteramt bezüglich Domizil vor Ablauf der Frist die im Schreiben aufgeführten Unterlagen einzureichen, verbunden mit der Androhung der Überweisung der Angelegenheit an das Gericht im Säumnisfall. Dieses Schreiben erfolgte wiederum an die Domiziladresse und wurde mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert (act. 2/3). Domizilnachforschungen im Internet ergaben keine anderslautende Adresse, indes war gemäss der Einwohnerdatenplattform des Kantons Zürich (KEP) die Domizilgeberin an die D._____-Strasse ... in ... Zürich verzogen (act. 2/4, vgl. auch act. 2/8). Das Handelsregisteramt forderte die Berufungsklägerin mit Schreiben vom 7. April 2021 an genannte Adresse erneut auf, ihren gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen. Das Schreiben wurde ebenfalls unter dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert (act. 2/5, inhaltlich identisch mit act. 2/3). Die Aufforderungen wurde daraufhin am tt.mm.2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/6).

Nachdem die Berufungsklägerin die Frist ungenutzt verstreichen liess, überwies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Angelegenheit mit Ein-

gabe vom 28. Juni 2021 in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 und Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend Vorinstanz) (act. 1 u. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 1. Juli 2021 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin namentlich Frist an, um den rechtmässigen Zustand (Eintragung eines gültigen Domizils) wiederherzustellen (act. 3, insb. Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Die Verfügung konnte an die Adresse "B._____, D._____-Str. ..., ... Zürich" zugestellt werden (act. 4). Die Frist lief indes unbenutzt ab.

1.4 Mit Urteil vom 29. Juli 2021 (act. 5 = act. 8 [Aktenexemplar] = act. 10) ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Zürich (Altstadt) mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf Fr. 1'000.– fest und auflegte diese der Berufungsklägerin. Dieses Urteil konnte am 2. August 2021 an die Adresse "B._____, D._____-Str. ..., ... Zürich" zugestellt werden (act. 6).

1.5 Gegen dieses Urteil richtet sich die Eingabe von B._____, Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift, vom 3. August 2021 (Datum Poststempel: 4. August 2021), welches zwar an das Bezirksgericht Zürich gerichtet, indes als "Berufung" bezeichnet und bei der Kammer eingegangen ist. Sie verlangt sinngemäss die Aufhebung des Urteils (act. 9).

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–6). Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1 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 Offizialmaxime 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 (bekanntem) 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 Kantons Zürich auf Fr. 20'000.– (act. 11). Damit ist der für eine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erforderliche Streitwert ohne Weiteres 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). Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet resp. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen. Neue Behauptungen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgetragen werden (vgl. Art. 317 ZPO).

2.3 Die Berufungsklägerin kritisiert den vorinstanzlichen Entscheid nicht in konkreten Punkten und macht insbesondere keine Verfahrensmängel geltend. Ebenso wenig rügt sie eine unrichtige Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststel-

lung. Vielmehr macht sie geltend, die organisatorische Angelegenheit nun bereinigt zu haben und dass das Namensschild aufgrund eines Fehlers vom eingetragenen Sitz an der C._____-Gasse ... in ... Zürich entfernt worden sei. Das korrekte Namensschild sei nun wieder angebracht, und das im Handelsregister eingetragene Domizil sei korrekt. Es sei ihr aus persönlichen Gründen nicht möglich gewesen, früher zu reagieren (act. 9). Da die Berufungsklägerin keinerlei Mängel am angefochtenen Urteil geltend macht und damit selbst die bei juristischen Laien herabgesetzten Anforderungen an eine Rechtsmittelbegründung nicht erfüllt, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

2.4 Der Berufung der Berufungsklägerin wäre aber selbst dann kein Erfolg beschieden, wenn auf diese einzutreten wäre: Bei der von der Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Berufung abgegebenen Erklärung, wonach das Namensschild sich nun wieder an richtiger Stelle befinde (act. 9), handelt es sich um eine im Berufungsverfahren erstmals vorgetragene und damit neue Behauptung. Wie bereits vorstehend ausgeführt, sind im Berufungsverfahren neue Behauptungen und Beweismittel aber nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgetragen werden (vgl. Art. 317 ZPO). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt: Zum einen ist nicht bekannt, wann – namentlich ob vor oder nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils – die Behebung des Mangels erfolgt ist. Selbst wenn indes davon auszugehen wäre, die Behebung des Mangels sei erst nach Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils erfolgt, so wäre die Entstehung dieses Novums doch einzig vom Willen der Berufungsklägerin abhängig gewesen. Das Vorbringen wäre damit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als sog. unechtes Potestativ-Novum zu qualifizieren. Als solches könnte es im Berufungsverfahren zum Vornherein nur dann noch Berücksichtigung finden, wenn es trotz zumutbarer Sorgfalt im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte beigebracht werden können (vgl. dazu BGer 4A_583/2019 vom 19. August 2020, E. 5.3).

Wie gezeigt, ist den vorinstanzlichen Akten zu entnehmen, dass die Vorinstanz der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 1. Juli 2021 das rechtliche Gehör gewährte und ihr Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzte, wobei die Verfügung nachweislich zugestellt wurde (act. 3 u. 4). Die Berufungsklägerin behauptet denn auch nicht, keine Kenntnis vom vorinstanzlichen Verfahren gehabt zu haben, sondern sie liess die ihr angesetzte Frist ungenutzt verstreichen. Die im vorinstanzlichen Verfahren versäumten Handlungen können nun nicht im Berufungsverfahren nachgeholt werden. Die behauptete Behebung des Mangels bezüglich der Domiziladresse der Berufungsklägerin erfolgt damit verspätet.

2.5 Eine Kopie der Berufungsschrift ist indes an die Vorinstanz weiterzuleiten. Diese wird zu prüfen haben, ob es sich bei den Vorbringen der Berufungsklägerin um ein sinngemässes Gesuch um Wiederherstellung der vor ihr verpassten Frist handelt. Darauf deutet hin, dass die Berufungsklägerin geltend macht, sich aus "persönlichen Gründen" nicht früher um die Angelegenheit gekümmert zu haben. Bei der Prüfung des Fristwiederherstellungsgesuchs wird die Vorinstanz zu berücksichtigen haben, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR genannten Massnahmen in einem Stufenverhältnis stehen und das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung erst anordnen soll, wenn mildere Massnahmen nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Auflösung der Gesellschaft kommt erst als *ultima ratio* zum Zuge (BGE 141 III 43, E. 2.6). Gerade dann, wenn zu ersehen ist, dass die saumselige Organschaft die Mangelbehebung ernsthaft anstrebt, kann sich eine gewisse Grosszügigkeit bei der Behandlung eines Fristwiederherstellungsgesuchs rechtfertigen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

3.2 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. 168 ff, S. 172). 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 vorliegende Berufungsverfahren im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (Fr. 100.– bis maximal Fr. 7'000.–) in Würdigung des Streitwerts, 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 in der Höhe von Fr. 20'000.– (vgl. oben E. 2.1) sowie unter Berücksichtigung des relativ geringen Zeitaufwandes des Gerichtes und der eher geringen Schwierigkeit des Falles erscheint es vorliegend angemessen, die zweitinstanzliche Entscheidegebühr auf Fr. 800.– festzusetzen. Eine Umtriebsentschädigung für die Berufungsklägerin entfällt bei diesem Prozessausgang von vornherein.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 800.– festgesetzt und der Antragsgegnerin und Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Antragsgegnerin und Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Zürich (Altstadt) und an das Betreibungsamt Zürich 1 sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und unter Beilage einer Kopie von act. 9 – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie 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 Fr. 20'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: