

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 29. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 9. August 2021 (EO210006)

Erwägungen:

I.

1. Die A._____, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm.2020 im Handelsregister des Kantons Zürich (fortan Handelsregisteramt) eingetragen und bezweckt Sanitärarbeiten in Neu- und Umbauten sowie die Reinigung von Privathaushalten und Büroräumlichkeiten. Als Domizil ist im Handelsregister die Adresse D.____ [Strasse] ..., ... E._____, vermerkt. Gesellschafter sind B.____ und C.____, beide mit Kollektivzeichnungs-berechtigung zu zweien (vgl. act. 18).

2.1 Das Handelsregisteramt hatte offenbar erfolglos versucht, der Berufungsklägerin einen Brief an deren Rechtsdomizil zuzustellen (vgl. act. 2/4). Abklärungen des Handelsregisteramtes vom 31. März 2021 ergaben, dass die Gesellschafterin B.____ an der Adresse D.____ [Strasse] ..., ... E.____ gemeldet ist, folglich an der Domiziladresse der Berufungsklägerin (act. 2/2). Gemäss vom Handelsregisteramt eingeholter Auskunft der Einwohnerkontrolle E.____ vom 1. April 2021 ist der Gesellschafter C.____ per 17. März 2020 nach E.____ zugezogen und ebenfalls unter der Adresse D.____ [Strasse] ... gemeldet (act. 2/3).

2.2 Das Handelsregisteramt forderte die Berufungsklägerin mangels Erreichbarkeit und der Annahme, dass diese am eingetragenen Sitz kein Rechtsdomizil mehr habe, mit Schreiben vom 31. März 2021 auf, den gesetzmässigen Zustand innert 30 Tagen wiederherzustellen und dem Handelsregisteramt vor Ablauf der Frist die im Schreiben aufgeführten Unterlagen einzureichen, verbunden mit der Androhung der Überweisung der Angelegenheit an das Gericht im Säumnisfall (act. 2/4). Das Einschreiben mit dieser Aufforderung bzw. Fristansetzung, adressiert an die Domiziladresse D.____ [Strasse] ..., ... E.____, wurde an das Handelsregisteramt retourniert mit dem Hinweis, "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" (act. 2/4 letztes Blatt). Der Versuch des Handelsregisteramtes, die Beschwerdeführerin am 14. April 2021 telefonisch unter der im telsearch registrierten Rufnummer zu erreichen, blieb erfolglos (act. 2/5). In der Folge publizierte das Handelsregisteramt die Aufforderung zur Behebung des Mangels gemäss vorerwähntem Schreiben am tt.mm.2021 im

Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; act. 2/6) und überwies die Angelegenheit mit Eingabe vom 9. Juli 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 Affoltern (fortan Vorinstanz; act. 1 inkl. Beilagen act. 2/1-6).

3.1 Mit Verfügung vom 14. Juli 2021 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den rechtmässigen Zustand (Anmeldung eines neuen Rechtsdomizils oder Einreichung einer schriftlichen Bestätigung über die Gültigkeit des eingetragenen Rechtsdomizils) wiederherzustellen (act. 3, insb. Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Die Verfügung wurde am tt.mm.2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert, unter Hinweis auf den Ablauf der Frist am 4. August 2021 (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziff. 5; act. 4).

3.2 Nachdem die Frist ungenutzt verstrichen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 9. August 2021 die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Schlieren ZH mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 1'300.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt (act. 6 = act. 13). Das Urteil wurde am 10. August 2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlicht (vgl. act. 13 Dispositiv-Ziff. 5), unter Hinweis auf den Ablauf der Rechtsmittelfrist am 20. August 2021 (act. 7).

4.1 Dagegen erhob Rechtsanwalt lic. iur. X._____ am 30. August 2021 namens der Berufungsklägerin hierorts Berufung (act. 14 inkl. Beilagen act. 17/3-5). Er beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und sinngemäss die Einstellung des Verfahrens, unter ausgangsgemässer Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 14 S. 2).

4.2 Da die eingereichte Vollmacht seitens der Berufungsklägerin nur vom Gesellschafter C._____ unterzeichnet war, welcher jedoch Kollektivzeichnungsberechtigter zu zweien ist (vgl. act. 18), wurde der Berufungsklägerin sowie Rechtsanwalt lic. iur. X._____ mit Verfügung der Kammer vom 9. September 2021 eine Nachfrist zur Einreichung einer genügenden Vollmacht angesetzt bzw. zur Ge-

nehmung der Berufung durch beide Gesellschafter, mit der Androhung, dass bei Säumnis die Eingabe vom 30. August 2021 (act. 14) als nicht erfolgt gelten würde (act. 19). Die an die Berufungsklägerin gesandte Gerichtsurkunde an die Domiziladresse D. _____ [Strasse] ..., ... E. _____ wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" an das Gericht retourniert (act. 20/1). Innert Frist reichte Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ eine von der Gesellschafterin B. _____ unterzeichnete Vollmacht ein (act. 20/2 und act. 21).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–11). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Der angefochtene Entscheid wurde am 10. August 2021 im SHAB publiziert (act. 7). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann demnach am darauffolgenden Tag zu laufen, endete am 20. August 2021 (Art. 141 Abs. 2 und 142 Abs. 1 ZPO) und wurde mit der am 30. August 2021 der Post übergebenen Berufungsschrift (act. 14) nicht gewahrt (Art. 143 Abs. 1 ZPO), worauf auch die Berufungsklägerin zutreffend hinweist und eventualiter um Fristwiederherstellung er sucht (act. 14 S. 2 ff.).

2. Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist, dass die Publikation des Urteils vom 9. August 2021 rechtmässig erfolgte. Gerade das bestreitet die Berufungsklägerin (vgl. nachfolgend Ziff. III.1). In Anwendung der Lehre und ständigen Rechtsprechung zur sogenannt doppelrelevanten Tatsache ist an dieser Stelle auf eine eingehende Klärung zu verzichten, weil die Frage der rechtmässigen Publikation nicht nur im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels von Bedeutung ist, sondern auch in materieller Hinsicht bedeutsam ist. Von der Rechtmässigkeit der Publikation des Urteils vom 9. August 2021 hängt sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Berufung ab. Eine solche zweifach erhebliche oder doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zu-

lässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie – wie vorliegend – schlüssig behauptet wurde. Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung und es wird ein Sachentscheid gefällt (KUKO ZPO-Domej, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 6 f.; BGer, 4A_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2).

III.

1. Die Berufungsklägerin bestreitet in der Rechtsmittelschrift die ordnungsgemässe Zustellung bzw. die Zulässigkeit der Publikation im SHAB. Eine Löschung wegen Organisationsmängeln dürfe nur erfolgen, wenn der Berufungsklägerin vorab korrekt Frist zur Behebung des Mangels angesetzt worden sei (act. 14 S. 2 und 4 f.).

2.1 Die Berufungsklägerin stellt damit die Rechtmässigkeit der Zustellung der sie betreffenden Schriftstücke (Verfügung und Urteil) mittels Publikation im SHAB in Frage. Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entscheide (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). Die Wahl der ordentlichen Zustellungsart liegt im Ermessen des Gerichtes.

2.2 Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO 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. 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. Erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind, insbesondere eine andere Zustellungsform möglich gewesen wäre, ist das rechtliche Gehör verletzt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (vgl. ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; BGE 137 I 195, E. 2.2).

2.3 Vorliegend interessiert vor allem die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO. Von der Unmöglichkeit einer Zustellung darf in der Regel erst ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind (vgl. KUKO ZPO-Weber, 3. Aufl. 2021, Art. 141 N 2, BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3). Gemäss konstanter Praxis der Kammer braucht es bei bekannter Adresse drei *formelle* Versuche auf *zwei verschiedenen* Wegen, damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. OGerZH PF200090 vom 23. Dezember 2020, E. 4.2, OGerZH PF190001 vom 14. Februar 2019, E. 3.2, OGerZH LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 5a, je m.w.H.). Auch eine Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen. In der Lehre werden als Beispiele für ausserordentliche Umtriebe Bürgerkriegswirren, eine gänzlich fehlende staatliche Struktur des Landes, die permanente Weigerung eines Regimes, Rechtshilfe zu leisten, oder der Umstand, dass Rechtshilfebegehren zwar entgegen genommen, aber in der Folge erst nach Jahren oder gar nicht bearbeitet werden, genannt (vgl. OGerZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6a m.w.H.). Gleich wie im Fall von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO ist zudem auch bei lit. b gefordert, dass sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sind (vgl. BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3; BK ZPO-Frei, Art. 141 N 12; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2).

3.1 Die Domiziladresse der Berufungsklägerin ergibt sich aus dem Eintrag im Handelsregister. Die Vorinstanz hat die Verfügung vom 14. Juli 2021 nicht durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO) zuzustellen versucht. Vielmehr liess sie die Verfügung vom 14. Juli 2021 umgehend im SHAB publizieren (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziff.5). Weiter stellte sie auch das Urteil vom 9. August 2021 nur auf dem Ediktalweg, ebenfalls durch Publikation im SHAB, zu (vgl. act. 6 = act. 13 Dispositiv-Ziff. 5).

3.2.1 Indem die Vorinstanz keinen einzigen Versuch der ordentlichen Zustellung im Sinne von Art. 138 Abs. 1 ZPO und § 121 Abs. 1 GOG/ZH unternommen hatte, kam sie den vorstehend wiedergegebenen Anforderungen für eine amtliche Publikation (vgl. Ziff. III.2) nicht nach. Dazu, dass der Versuch der ordentlichen Zustellung von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre, fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten. Allein aus dem gescheiterten Zustellversuch des Handelsregisteramtes kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass eine ordentliche Zustellung an die Berufungsklägerin gänzlich unmöglich gewesen wäre. Es gibt nämlich keine Hinweise dafür, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an die Berufungsklägerin allgemein- oder gerichtsnotorisch ist bzw. dass die übrigen ordentlichen Zustellungsarten mit konkreten ausserordentlichen Umtrieben verbunden wären.

3.2.2 Hinzu kommt, dass gerade in Organisationsmängelverfahren – namentlich wenn die Zustellung an die Domiziladresse scheitert – allenfalls eine Zustellung an einen Gesellschafter angezeigt ist, sofern eine diesbezügliche Adresse bekannt bzw. mit zumutbaren Nachforschungen herauszufinden ist. So ist Zweck des Organisationsmängelverfahrens gerade, der Gesellschaft zumindest die 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 Gesellschaft selbst an deren Domiziladresse, sondern bei zumutbarem Aufwand auch an bekannte Gesellschafter versucht. Aus den Akten des Handelsregisteramtes war ersichtlich, dass beide

Gesellschafter Wohnsitz an der Domiziladresse der Berufungsklägerin haben, weshalb Zustellversuche an diese persönlich angezeigt gewesen wären, zumal Zustellungen an die Firma oftmals wegen nicht entsprechend angeschriebener Briefkästen scheitern.

3.3 Nach dem Gesagten waren die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung nicht erfüllt, weshalb sowohl die Publikation der Verfügung vom 14. Juli 2021 als auch diejenige des Urteils vom 9. August 2021 unzulässig war und die beiden Entscheide folglich keine rechtliche Wirkung zu erzeugen vermochten. Ein Prozessrechtsverhältnis wurde nicht begründet und die Berufungsklägerin hatte keine Möglichkeit, sich am vorinstanzlichen Verfahren zu beteiligen. Dadurch wurde ihr rechtliches Gehör verletzt. Der Entscheid vom 9. August 2021 leidet damit an einem Mangel und ist aufgrund der formellen Natur des Gehöranspruches unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Die Sache ist zur erneuten ordnungsgemässen Zustellung der Verfügung vom 14. Juli 2021 an die Berufungsklägerin im Sinne der obigen Ausführungen und Wiederholung des weiteren Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Angesichts des nun bestehenden Prozessrechtsverhältnisses kann nach Art. 138 Abs. 3 ZPO verfahren werden.

4. Bei diesem Ergebnis erweisen sich die prozessualen Anträge der Berufungsklägerin um Wiederherstellung und Erstreckung der Berufungsfrist als gegenstandslos und sind abzuschreiben.

IV.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz.

2. Die Berufungsklägerin verlangt sinngemäss eine Entschädigung (act. 14 S. 2). Es besteht indes keine gesetzliche Grundlage für eine Entschädigungspflicht des Staates (OFK ZPO-MoHS, 2. Aufl. 2015, Art. 107 N 8; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 107 N 11).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Berufungsklägerin um Wiederherstellung der Berufungsfrist wird abgeschrieben.
2. Der Antrag der Berufungsklägerin um Erstreckung der Berufungsfrist wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 9. August 2021 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 sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 10'000.–, aber nicht Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
1. November 2021