

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

Urteil vom 18. November 2021

in Sachen

A. ____ AG in Liquidation,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Oktober 2021 (EO210203)

Erwägungen:

1.

1.1. Die A._____ AG (heute mit dem Zusatz: in Liquidation; Antragsgegnerin und Berufungsklägerin, fortan Berufungsklägerin) ist seit dem tt.mm.2019 als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen (act. 14 und act. 17). Im Frühjahr 2021 teilte B._____, Präsident des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin, dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich unter anderem mit, er beabsichtige die Berufungsklägerin aufzulösen und diese sei unter der bisherigen Domiziladresse künftig nicht mehr erreichbar, weshalb ersuchte um Weiterleitung offizieller Mitteilungen an eine andere Adresse ersuche (act. 2/2). In der Folge wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich B._____ darauf hin, dass jede Gesellschaft an der registrierten Domiziladresse erreichbar sein müsse und eine Postweiterleitung nicht zulässig sei. Überdies klärte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich B._____ über das Vorgehen bei gewünschter Liquidation der Gesellschaft auf (act. 2/3–6). Im Zuge dieser Korrespondenz kontaktierte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin unter anderem auf dem Postweg. Die an die registrierte Domiziladresse versandte Sendung wurde jedoch mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert (act. 2/7–9). Daraufhin forderte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin mittels Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB am tt.mm.2021 auf, innert einer Frist von 30 Tagen den Mangel eines fehlenden gültigen Domizils zu beheben (act. 2/10). Nach unbenutztem Ablauf der Frist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 7. September 2021 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR, Art. 731b Abs. 1 OR sowie Art. 153 Abs. 3 HRegV dem Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren (fortan Vorinstanz; act. 1).

1.2. Mit Verfügung vom 14. September 2021 stellte die Vorinstanz der Berufungsklägerin die Eingabe des Handelsregisteramtes zu und setzte ihr eine Frist von 20 Tagen an, um den Organisationsmangel (fehlendes, gültiges Domizil) zu beheben (act. 4). Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin bzw. einem ihrer Verwaltungsratsmitglieder (C._____) am 16. September 2021 zugestellt (act. 5).

Nachdem die angesetzte Frist ungenutzt verstrichen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 13. Oktober 2021 die Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an, sie beauftragte das Konkursamt Zürich Altstadt mit dem Vollzug und auferlegte die Gerichtskosten der Berufungsklägerin (act. 6 = act. 10 [Aktenexemplar] = act. 12).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob D._____ im Namen der Berufungsklägerin in seiner Funktion als deren Liquidator mit Eingabe vom 21. Oktober 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung (act. 11; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7).

1.4. Während laufendem Berufungsverfahren teilte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich mit Schreiben vom 25. und 29. Oktober 2021 mit, dass die für die Eintragung eines gültigen Rechtsdomizils notwendigen Unterlagen von der Berufungsklägerin am 20. September und 22. Oktober 2022 eingereicht worden seien (act. 16/1) und die Eintragung des gültigen Rechtsdomizils im Handelsregister am tt.mm.2021 (Publikation im SHAB am tt.mm.2021) erfolgt sei (act. 16/2). Die beiden vorgenannten Schreiben des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich wurden der Kammer durch die Vorinstanz mit Kurzbrief vom 3. November 2021 (in Kopie) zugestellt (act. 15). Seit dem tt. bzw. tt.mm.2021 verfügt die Berufungsklägerin folglich wieder über ein gültiges, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenes Domizil (vgl. dazu auch act. 17).

1.5 Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–8). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss notariell beglaubigter Urkunde vom 17. September 2021 beschloss die Generalversammlung der Berufungsklägerin am besagten Datum einstimmig die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Als Liquidator wählte sie D._____, von Winterthur ZH, wohnhaft an der E._____-strasse ... in F._____, mit Einzelzeichnungsberechtigung für die Gesellschaft mit dem Zusatz "in Liquidation" (act. 13/4). Diese Mutation wurde inzwischen auch im Handelsregister nachvoll-

zogen (vgl. act. 17). Damit ist D. _____ in seiner Funktion als Liquidator zum Erheben der vorliegenden Berufung im Namen der Berufungsklägerin legitimiert.

2.2. 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), 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; DIKE Komm ZPO-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 412 ff.). Das nominelle Grundkapital (Aktienkapital) der Berufungsklägerin beläuft sich hier gemäss Auszug aus dem Handelsregister auf Fr. 100'000.– (act. 14 und act. 17). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.3. 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).

2.4. Die Berufungsklägerin beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben. Sie begründet dies damit, der Mangel eines fehlenden Domizils sei inzwischen behoben worden. Am 14. Oktober 2021 seien dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich sämtliche von diesem verlangten Unterlagen zugesandt worden. Einzig aus formellen Gründen habe die Domiziländerung im Handelsregister bis anhin noch nicht eingetragen werden können (vgl. act. 11). Dass die Vorinstanz falsch entschieden hätte, macht die Berufungsklägerin hingegen nicht geltend. Sie

legt insbesondere nicht dar, dass der Entscheid inhaltlich falsch sei oder ein Verfahrensmangel vorliege.

Bei den Vorbringen der Berufungsklägerin handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel. Wie erwähnt sind solche im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt: Sowohl die Domizilbestätigung als auch der Beschluss der Generalversammlung betreffend Liquidation der Gesellschaft und Bestellung eines Liquidators datieren von einem Zeitpunkt vor dem Erlass des vorinstanzlichen Entscheides, nämlich vom 17. September 2021 (vgl. act. 13/4 und act. 13/7). Es ist nicht ersichtlich und die Berufungsklägerin erklärt auch nicht, weshalb sie diese Unterlagen nicht bereits der Vorinstanz einreichte oder aber die Vorinstanz nicht rechtzeitig (vor dem Ergehen des erstinstanzlichen Entscheides) über die von ihr offenbar nach Erhalt der Verfügung vom 14. September 2021 getroffenen Vorkehrungen zur Mängelbehebung informiert hat, obwohl sie darauf mit Verfügung vom 14. September 2021 explizit hingewiesen worden war (vgl. act. 4, Dispositivziffer 4, erster Spiegelstrich). Die von der Berufungsklägerin erst im Berufungsverfahren vorgetragenen Behauptungen betreffend Mängelbehebung und die zum Beweis dafür eingereichten Beilagen erfolgen im Berufungsverfahren somit verspätet.

2.5. Indes wurde hier die Behebung des Mangels der Eintragung eines fehlenden gültigen Domizils im Handelsregister inzwischen zusätzlich vom Handelsregisteramt des Kantons Zürich schriftlich bestätigt und die entsprechende Mutation wurde im Handelsregister des Kantons Zürich auch bereits nachvollzogen (vgl. act. 16/1–2 und insbes. act. 17). Das Bundesgericht behandelt Eintragungen im Handelsregister mit deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) als notorisch. Sie können dementsprechend von Amtes wegen berücksichtigt werden (vgl. BGer 5C.219/2006 vom 16. April 2007, E. 3.4, m.w.H.; siehe auch BGE 139 III 293 E. 3.3, m.w.H.). Aufgrund der Notorietät von Eintragungen im Handelsregister kann die inzwischen erfolgte Behebung des Mangels, welcher zur Anordnung der Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften des

Konkurses führte, im vorliegenden Berufungsverfahren somit trotz des an sich geltenden strengen Novenrechts berücksichtigt werden. Eine diesbezügliche Sachverhaltsergänzung von Amtes wegen drängt sich hier sodann geradezu auf, zumal es sich beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (vgl. dazu DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021, S. 168 ff., S. 172), mithin keine in ihren Interessen betroffene Gegenpartei vorhanden ist, nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kein Interesse der Öffentlichkeit oder der Gläubiger der Berufungsklägerin an einer Auflösung derselben nach den Vorschriften des Konkurses mehr besteht und dies auch aus ökonomischer Sicht nicht als sinnvoll erscheint.

2.6. Da vorliegend aus dem Handelsregister des Kantons Zürich hervorgeht, dass der Mangel, welcher zur Anordnung der gerichtlichen Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses geführt hat, inzwischen behoben wurde, sind aus heutiger Sicht die Voraussetzungen für eine gerichtliche Auflösung der Berufungsklägerin und eine Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} OR nicht mehr gegeben. Insbesondere erscheint die sehr einschneidende und nur als *ultima ratio* vorgesehene Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung der Berufungsklägerin und Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses unter Berücksichtigung der seit dem Erlass des vorinstanzlichen Entscheids entstandenen neuen Tatsachen nicht mehr verhältnismässig. Aus diesen Gründen ist das vorinstanzliche Urteil vom 13. Oktober 2021 aufzuheben.

3.

3.1. Sowohl das erstinstanzliche Verfahren als auch das Berufungsverfahren und die damit verbundenen Kosten wurden durch wiederholte Versäumnisse der Berufungsklägerin verursacht. Deshalb sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens ihr aufzuerlegen, obwohl das Urteil der Vorinstanz vom 13. Oktober 2021 nun letztlich aufgehoben werden kann (Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO).

3.2. Die von der Vorinstanz auf Fr. 1'000.– festgesetzte Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren erscheint angemessen und deren Höhe wurde von der Berufungsklägerin im Übrigen in der Berufung nicht beanstandet; sie ist entsprechend zu bestätigen.

3.3. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren ist 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). Unter Berücksichtigung des Streitwerts (vgl. E. 2.3.), des relativ geringen Zeitaufwandes des Gerichtes und der geringen Schwierigkeit des Falles erscheint es angemessen, die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Eine Umtriebsentschädigung für die Berufungsklägerin entfällt bei diesem Verfahrensausgang von vornherein.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Oktober 2021 (Geschäft Nr. EO210203) aufgehoben.
Dementsprechend hat die Liquidation der Berufungsklägerin nicht nach den Vorschriften des Konkurses, sondern nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (Art. 739 ff. OR) zu erfolgen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 1'000.– werden bestätigt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Zürich Altstadt und an das Betrei-

bungsamt Zürich 1 sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:
18. November 2021