

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

## Urteil vom 10. Mai 2022

in Sachen

**A. \_\_\_\_ KmG,**

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Zürich vom 17. März 2022 (EO220047)

### **Erwägungen:**

1.1. Die Berufungsklägerin ist seit dem tt. Oktober 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt das Ausführen von ...-arbeiten. Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "B.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich" angegeben. Zudem sind C.\_\_\_\_ als Kommanditärin und D.\_\_\_\_ als unbeschränkt haftender Gesellschafter aufgeführt (act. 15).

1.2. Mit Schreiben vom 1. November 2021 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, ihm sei mitgeteilt worden, dass sie an der eingetragenen Adresse nicht mehr erreicht werden könne, und es forderte die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben (act. 2/3). Das Schreiben konnte der Berufungsklägerin an der im Handelsregister eingetragenen Adresse nicht zugestellt werden, sondern wurde mit dem Vermerk "*Nicht abgeholt*" an das Handelsregisteramt retourniert (vgl. act. 2/3). Mit Schreiben vom 15. November 2021 setzte das Handelsregisteramt der Berufungsklägerin erneut Frist an, um den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben (act. 2/4). Auch dieses Schreiben wurde von der Berufungsklägerin nicht abgeholt und dem Handelsregisteramt retourniert (vgl. act. 2/4). Daraufhin wurde die Aufforderung am tt.mm.2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/5).

In der Folge gelangten die Kommanditärin und der unbeschränkt haftende Gesellschafter der Berufungsklägerin separat per E-Mail vom 23. Dezember 2021 resp. 10. Januar 2022 ans Handelsregisteramt (act. 2/6 und act. 2/8). Mit E-Mail des Handelsregisteramts vom 3. Januar 2022 resp. 10. Januar 2022 wurden beide unter anderem auf die Schreiben hingewiesen, die nicht hätten zugestellt werden können resp. nicht abgeholt worden seien (act. 2/7 und act. 2/9). Im letzten E-Mail wurde der Berufungsklägerin aufgezeigt, welche Unterlagen einzureichen wären, damit das Verfahren als erledigt abgeschlossen hätte werden können (act. 2/9). In der Folge meldete sich die Berufungsklägerin nicht mehr beim Handelsregisteramt. Nach unbenutztem Ablauf der Publikationsfrist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 10. Februar 2022 im Sinne von

Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (Vorinstanz; act. 1).

1.3. Mit Verfügung vom 16. Februar 2022 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den Organisationsmangel zu beheben (act. 4). Die Verfügung wurde der Berufungsklägerin am 18. Februar 2022 zugestellt (act. 5). Nachdem die Frist ungenutzt abgelaufen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 17. März 2022 die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Oerlikon-Zürich mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf Fr. 1'000.– fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (act. 6 = act. 11). Das Urteil wurde der Berufungsklägerin am 21. März 2022 an die eingetragene Domiziladresse zugestellt (act. 7).

1.4. Mit Eingabe vom 30. März 2022 (Datum Poststempel: 31. März 2022) erhob die Berufungsklägerin gegen diesen Entscheid rechtzeitig Berufung und beantragte sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (act. 12; zur Rechtzeitigkeit s. act. 7).

1.5. Mit Eingabe vom 6. April 2022 überwies die Vorinstanz der Berufungsinstanz ein Schreiben des Handelsregisteramts vom 1. April 2022 (act. 16 f.). Darin teilt das Amt mit, die für die Eintragung eines neuen Rechtsdomizils notwendigen Unterlagen seien am 31. März 2022 und 1. April 2022 vollständig eingereicht worden. Zudem ersuchte es die Vorinstanz um Mitteilung, ob aus ihrer Sicht die Eintragung ins Handelsregister vorgenommen werden könne (act. 17). Am 5. Mai 2022 teilte das Handelsregisteramt der Vorinstanz schliesslich mit, dass die Eintragung eines gültigen Rechtsdomizils unter Tagesregister-Nr. 1 vom 03.05.2022 vorgenommen worden und die Publikation im SHAB Nr. 2 vom 06.05.2022 erfolgt sei (act. 21).

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 – 9). Die Sache ist spruchreif.

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).

2.2. 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 ist pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekannten) 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 einzig die Kommanditsumme von C.\_\_\_\_\_ in Höhe von Fr. 500.– bekannt (act. 15). Mit Blick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der genannten Eintragung kann vorliegend mangels gegenteiliger Anhaltspunkte jedoch davon ausgegangen werden, dass der Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt. Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert 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). 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. 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. Die Berufungsklägerin begründet ihre Berufung zusammengefasst damit, es habe nie ein Organisationsmangel vorgelegen und ein Domizil habe seit der Gründung und sehr viel länger zuvor bestanden. Aufgrund dessen sei auch die Frist des Handelsregisteramts irrelevant; ohnehin sei das Schreiben – gemeint ist wohl das Schreiben des Handelsregisteramts, mit welcher die Frist zur Behebung des Mangels angesetzt wurde – lediglich an C.\_\_\_\_\_ versandt worden, die als Kommanditärin eingetragen sei und keine Zeichnungsberechtigung habe. Dass ein Brief mal nicht abgeholt worden sei, sei kein Nachweis dafür, dass ein Mangel bestehe. Dies habe vielmehr daran gelegen, dass eine Abholung nicht möglich gewesen sei, da der unbeschränkt haftende Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt in E.\_\_\_\_\_/BE gearbeitet und die lange Fahrt eine Abholung unmöglich gemacht habe. Ferner sei nicht korrekt, dass eine Frist ungenutzt verstrichen sei, wie dies aus den Mails der Kommanditärin und des unbeschränkt haftenden Gesellschafters vom 23. Dezember 2021 und 10. Januar 2022 hervorgehe (act. 12 mit Verweis auf act. 14/2-3). Im Übrigen macht die Berufungsklägerin Ausführungen zu einem früheren Verfahren aus dem Jahr 2019, auf welche mangels Relevanz für das vorliegende Verfahren nicht einzugehen ist. Weiter äussert sie sich zum Mietverhältnis an der Domiziladresse und bringt schliesslich vor, das Schreiben für die Domiziländerung sei dem Handelsregisteramt geschickt worden (act. 12 S. 1 f.).

4.1. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht zu beanstanden, dass bei ihr mangels eines gültigen Domizils ein Organisationsmangel vorliege (vgl. act. 11 E. 1). Wie die Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 16. Februar 2022 festhielt und im Grundsatz unbestritten blieb, holte die Berufungsklägerin eingeschriebene Briefe mehrfach nicht ab (act. 2/3-4; act. 4 E. 2). Es trifft denn auch nicht zu, dass ein Schreiben an die Kommanditärin gesandt worden sei, die über keine Zeichnungsberechtigung verfüge. Sowohl das Schreiben vom 1. als auch vom 11. November 2021 des Han-

delsregisteramtes wurden an die Domiziladresse der Berufungsklägerin geschickt (act. 2/3-4). Bei der Behauptung, die Schreiben hätten aufgrund der Arbeitslast des unbeschränkt haftenden Gesellschafters nicht abgeholt werden können, handelt es sich um ein unzulässiges Novum, das nicht zu berücksichtigen ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ferner verfügt die Berufungsklägerin am eingetragenen Sitz offenbar denn auch über keine Geschäftsräume mehr (vgl. polizeiliche Abklärungen in act. 2/2).

4.2. Dass die Vorinstanz im Übrigen falsch entschieden hätte, macht die Berufungsklägerin nicht geltend. Sie legt insbesondere nicht dar, dass der vorinstanzliche Entscheid inhaltlich falsch gewesen oder das vorinstanzliche Verfahren einem Mangel unterlegen sei. Unklar ist, auf was sich die Rüge der Berufungsklägerin bezieht, es sei keine Frist ungenutzt verstrichen. Sollte sich dies auf die entsprechende vorinstanzliche Erwägung beziehen (vgl. act. 11 E. 2 2. Satz), so ist diese nicht zu beanstanden. Diese Erwägung bezieht sich auf die mit Verfügung vom 16. Februar 2022 angesetzte Frist, mit welcher die Vorinstanz – und nicht etwa das Handelsregisteramt – der Berufungsklägerin die Möglichkeit gab, den rechtmässigen Zustand herzustellen (act. 4). Die Frist verstrich ungenutzt, nachdem die fragliche Verfügung der Berufungsklägerin am 18. Februar 2022 zugestellt worden war (act. 5).

4.3. Im Übrigen handelt es sich bei den Vorbringen der Berufungsklägerin 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 Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt: So ist nicht erkennbar, inwiefern die Behauptungen betreffend den vorgezogenen Mietbeginn an der neuen Domiziladresse nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Die Bestätigung des Rechtsdomizils durch die Berufungsklägerin vom 30. März 2022 ist zwar erst nach dem vorinstanzlichen Urteil (am 17. März 2022) entstanden, doch hängt deren Entstehung einzig vom Willen der Berufungsklägerin ab, sodass die Bestätigung vom 30. März 2022 nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als sog. unechtes Potestativ-Novum zu qualifizieren ist. Als solches könnte sie im

Berufungsverfahren zum Vornherein nur dann noch Berücksichtigung finden, wenn sie 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). Letzteres macht die Berufungsklägerin nicht geltend. Wie dargelegt gewährte die Vorinstanz der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 16. Februar 2022 das rechtliche Gehör und setzte ihr Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Behebung des Organisationsmangels durch Eintragung eines gültigen Domizils im Handelsregister) an (act. 4). Die Frist liess die Berufungsklägerin unbenutzt verstreichen (s. vorstehende E. 4.2.). Die von der Berufungsklägerin erst im Berufungsverfahren vorgebrachten Behauptungen betreffend Mängelbehebung und die zum Beweis dafür eingereichten Beilagen erfolgen im Berufungsverfahren somit verspätet.

4.4. Indes wurde der Mangel der Eintragung eines fehlenden gültigen Domizils mittlerweile behoben (vgl. act. 21). 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.

4.5. 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<sup>bis</sup> 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 17. März 2022 aufzuheben.

5.1. 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 vorinstanzliche Urteil vom 17. März 2022 nun letztlich aufgehoben werden kann (Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO).

5.2. 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.

5.3. Die Entscheidgebühr für das 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 (§§ 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 relativ kleinen Zeitaufwandes des Gerichts und der geringen Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 800.– angemessen. Eine Parteientschädigung ist bei diesem Prozessausgang nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. März 2022 (Geschäft-Nr. EO220047-L) aufgehoben.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 800.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Oerlikon-Zürich sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, 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 mindestens Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am: