

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 19. Dezember 2022

in Sachen

A._____ AG,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Zürich vom 25. August 2022 (EO220194)

Erwägungen:

1.1 Die A._____ AG – Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) – ist seit dem tt.mm.2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt Investitionen, insbesondere in Kunstwerke, Antiquitäten, Sammlerobjekte, sowie Kunsthandel, Vermittlung von Geschäften mit Kunstgegenständen aller Art, und die Erbringung von Beratungsdienstleistungen im Kunstbereich im In- und Ausland. Als Domiziladresse war und ist die B._____ - Strasse ... in ... Zürich eingetragen (vgl. act. 27 und 36).

1.2 Mit Eingabe vom 5. Juli 2022 (act. 1) zeigte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den festgestellten Mangel (Rechtsdomizil) an und überwies diesem die Angelegenheit (vgl. act. 2/1-3). Es führte im Wesentlichen aus, die Gesellschaft könne am eingetragenen Rechtsdomizil nicht mehr erreicht werden; die amtliche Aufforderung sei zwar zugestellt worden, aber gemäss Sendungsnachverfolgung der Post nach C._____ (NW) weitergeleitet worden (vgl. act. 1 S. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 6. Juli 2022 (act. 4) forderte die Vorinstanz die Berufungsklägerin unter Androhung ihrer Auflösung auf, innert einer Frist von 20 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (vgl. a.a.O. S. 2 f.). Diese Verfügung wurde dem zum damaligen Zeitpunkt als einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin im Handelsregister eingetragenen D._____, C._____ (NW) (vgl. act. 36), an dessen neuem Wohnort in E._____ am 28. Juli 2022 zugestellt (act. 10 i.V.m. act. 12, vgl. act. 5-9). Die Berufungsklägerin liess sich nicht vernehmen.

1.4 Mit Urteil vom 25. August 2022 (act. 13 = act. 23 = act. 26 [Aktenexemplar]) ordnete die Vorinstanz aufgrund eines Organisationsmangels (Rechtsdomizil) die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt ...-Zürich mit dem Vollzug. Die Ent-

scheidgebühr setzte sie auf Fr. 1'000.– fest und auferlegte diese der Berufungsklägerin.

1.5 Gegen dieses Urteil erhebt die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 5. September 2022 (act. 22) samt Beilagen (act. 25/3-5) Berufung. Sie beantragt was folgt:

- "1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, soweit er nicht infolge nicht rechtswirksamer Zustellung nichtig ist.
2. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, die Frist zur Behebung des Organisationsmangels wiederherzustellen und die Sache an die Vorinstanz, eventualiter an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, zurückzuweisen mit der Weisung, der Berufungsklägerin eine Frist von 30 Tagen zur Behebung des Organisationsmangels anzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Zudem verweist sie darauf, dass die Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung habe und stellt eventualiter für den Fall, dass dem nicht so sein sollte, einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 22 S. 2).

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-20). Mit Verfügung vom 8. September 2022 (act. 28) wurde vorgemerkt, dass der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Gleichzeitig wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt, um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten. Der Kostenvorschuss ist eingegangen (vgl. act. 30). Auf weitere prozessleitende Schritte ist zu verzichten. Das Verfahren 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). Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. 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 Ge-

samtwerts der betroffenen Gesellschaft zu bestimmen ist (vgl. OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011; 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, Zürich 2013, S. 412 ff.). Das nominelle Grundkapital (Aktienkapital) der Berufungsklägerin beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister auf Fr. 100'000.– (act. 25/4). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

2.2 Die Berufung ist innert 10 Tagen bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (vgl. Art. 939 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR i.V.m. Art. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Berufung erfolgte fristgerecht (vgl. act. 13 i.V.m. act. 14).

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 trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgetragen werden (vgl. Art. 317 ZPO).

3.1.1 Zunächst beanstandet die Berufungsklägerin am vorinstanzlichen Entscheid, das Handelsregisteramt sei nach der geltenden Regelung gar nicht mehr aktivlegitimiert, dem Gericht bei Organisationsmängeln Antrag zu stellen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (vgl. act. 22 S. 3).

3.1.2 Dem ist zwar insofern zuzustimmen als das Handelsregisteramt nicht mehr Antrag stellt, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, sondern die Angelegenheit dem Gericht überweist, wenn der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben wird (vgl. Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR). Es hat somit keine Parteistellung (mehr) in den Organisationsmangelverfahren, sondern lediglich (noch) die Pflicht, den festgestellten Mangel in der Organisation dem Gericht anzuzeigen, damit dieses gegenüber der Rechtseinheit die geeigneten Anordnungen – von Amtes wegen – treffen kann (vgl. Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligatio-

nenrechts [Handelsregisterrecht], BBl 2015, S. 3617 ff., S. 3649; DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021, S. 168 ff., S. 175 m.w.H.; s.a. OGer ZH LF210044 vom 2. Juli 2021, E. 4), wie dies gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 939 Abs. 2 Satz 2 OR). Die fehlende Parteistellung des Handelsregisteramtes steht der amtswegigen Anordnung geeigneter Massnahmen somit nicht entgegen. Das Argument der fehlenden Aktivlegitimation verfängt daher nicht.

3.2.1 Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, das angefochtene Urteil sei nichtig, weil es dem 20 Tage zuvor zurückgetretenen Verwaltungsrat D._____ zugestellt worden sei (vgl. act. 22 S. 4).

3.2.2 Auf einen Zustellungsfehler kann sich ein Adressat nach Treu und Glauben von vornherein nur berufen, wenn er von der gerichtlichen Sendung nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat (vgl. BGer 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012, E. 3.1). Da die Berufungsklägerin Kenntnis des angefochtenen Urteils (vgl. act. 22 i.V.m. act. 23) und eine fristgerechte Berufung dagegen eingereicht hat (vgl. oben E. 2.2), ist nicht ersichtlich, welches schutzwürdige Interesse sie an einer erneuten, angeblich fehlerfreien Zustellung des angefochtenen Urteils haben soll. Die Rechtsfrage, ob ein fehlerhaft zugestelltes Urteil nichtig wäre, kann daher unbeantwortet bleiben.

3.3.1 Die Berufungsklägerin hält sodann dafür, die schärfste der in Art. 731b OR vorgesehenen Massnahmen zu ergreifen, sei unverhältnismässig. Der Vorinstanz sei bekannt gewesen, dass Zustellungen "an diese" (gemeint ist wohl an die Berufungsklägerin) nur erschwert möglich seien. Sie hätte die Zustellung der Aufforderung zur Behebung des Mangels an den (ebenfalls im Handelsregister eingetragenen) Präsidenten des Verwaltungsrates vornehmen können. Wäre dies erfolgt, hätte dieser sich sofort um die Behebung des Organisationsmangels gekümmert (vgl. act. 22 S. 3 f.).

Damit macht die Berufungsklägerin zusammengefasst geltend, die angeordnete Auflösung sei unverhältnismässig, weil die Vorinstanz den Präsident des

Verwaltungsrates – F._____, in G._____, (LI) (vgl. act. 36) – nicht (auch noch) zur Behebung des Mangels aufgefordert habe.

3.3.2 Die Auflösung der Gesellschaft kommt als ultima ratio in Frage, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. nicht zielführend erwiesen haben; dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (vgl. BGE 138 III 294 ff., E. 3.1.4; 138 III 407 ff., E. 2.4; s.a. BGE 141 III 43 ff., E. 2.6 je m.w.H.; OGer ZH LF210062 vom 6. Oktober 2021, E. 5.2 m.w.H.).

Die Vorinstanz hatte die Berufungsklägerin – wie bereits dargelegt – mit Verfügung vom 6. Juli 2022 (act. 4) aufgefordert, innert Frist den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (vgl. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 1 OR), bevor sie im angefochtenen Urteil – wie angedroht – deren Auflösung anordnete (vgl. oben E. 1.3). Die Verfügung vom 6. Juli 2022 wurde dem zum damaligen Zeitpunkt als einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin im Handelsregister eingetragenen D._____, C._____ (NW) (vgl. act. 36), zugestellt (vgl. act. 10). Die Berufungsklägerin behob den Mangel jedoch unbestrittenermassen nicht innert der ihr angesetzten Frist – und im Übrigen auch später nicht (vgl. act. 36), obschon sie in nach Ablauf der Berufungsfrist eingereichten Eingaben geltend machte, diesen behoben zu haben (vgl. act. 31-35). Da sich die Berufungsklägerin vor Vorinstanz in keiner Art und Weise vernehmen liess, ist die von der Vorinstanz gewählte (vorgängig angedrohte) Massnahme der Auflösung der Gesellschaft nicht zu beanstanden.

3.4 Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. August 2022 (EO220194/U) zu bestätigen.

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

4.2 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 Entscheidgebühr 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). Unter Berücksichtigung des Streitwerts (vgl. oben E. 2.1), des relativ geringen Zeitaufwandes des Gerichtes und der geringen Schwierigkeit des Falles erscheint es angemessen, die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung für die Berufungsklägerin entfällt bei diesem Verfahrensausgang von vornherein.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. August 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt ...-Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ... sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
20. Dezember 2022