

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220104-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

## Urteil vom 30. Januar 2023

in Sachen

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

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. November 2022 (EO220287)**

### **Erwägungen:**

1.1. Die Berufungsklägerin ist seit dem tt.mm.2004 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und erbringt Finanz-, Treuhand- und Beratungsdienstleistungen. Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "... [Adresse]" angegeben. Zudem sind die B.\_\_\_\_\_ AG als Gesellschafterin und C.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer aufgeführt (act. 12).

1.2. Mit Schreiben vom 26. Juli 2022 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, es hätte versucht, an die eingetragene Domiziladresse einen Brief zu schicken, allerdings ohne Erfolg; das Amt forderte die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben (act. 2/2). Das Schreiben konnte der Berufungsklägerin an der im Handelsregister eingetragenen Adresse nicht zugestellt werden, sondern wurde mit dem Vermerk "*Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden*" an das Handelsregisteramt retourniert (vgl. act. 2/2 Rückseite von S. 1). Daraufhin wurde die Aufforderung am tt.mm.2022 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (act. 2/3). Nach unbenutztem Ablauf der Publikationsfrist überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit am 4. Oktober 2022 (Datum Poststempel) im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (Vorinstanz; act. 1).

1.3. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2022 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den Organisationsmangel zu beheben (act. 3). Die Zustellung dieser Verfügung erfolgte an die Privatadresse des Geschäftsführers (act. 3 Dispositiv-Ziffer 5). Die Verfügung wurde nicht abgeholt und an die Vorinstanz retourniert (act. 4). Mit Urteil vom 15. November 2022 ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Aussersihl-Zürich mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf CHF 1'000.– fest und auferlegte diese der Berufungsklägerin (act. 5 = act. 9). Das Urteil wurde dem Geschäftsführer der Berufungsklägerin am 24. November 2022 zugestellt (act. 6).

1.4. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2022 (Übergabe an die Schweizerische Post: 2. Dezember 2022, act. 10A) erhob die Berufungsklägerin gegen diesen Entscheid rechtzeitig Berufung und beantragte sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–7). 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 CHF 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 hier einzig das nominelle Grundkapital (Stammkapital) bekannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich auf CHF 20'000.– (act. 12). 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).

3.1. Die Berufungsklägerin macht berufsungsweise geltend, ihr Geschäftsführer befinde sich im Ausland und es sei ihm eine längere Zeit nicht möglich gewesen, zu reisen. Mitte Dezember würde er wieder in der Schweiz sein und sich dann umgehend bemühen, ein neues Domizil in Zürich anzumelden. Um den Organisationsmangel sofort zu berichtigen, werde die B.\_\_\_\_\_ AG – die Muttergesellschaft der Berufungsklägerin, deren Direktor der Geschäftsführer der Berufungsklägerin sei – der Berufungsklägerin ihre Adresse als Domizil anbieten (act. 10).

3.2. Die Berufungsklägerin setzt sich mit der vorinstanzlichen Erwägung, wonach bei ihr mangels eines gültigen Domizils ein Organisationsmangel vorliege (vgl. act. 9 E. 1), nicht auseinander. Vielmehr bringt sie neue Tatsachen vor, bei denen es sich grundsätzlich um unzulässige Noven handeln würde, die im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen wären (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.3. Vorliegend stellt sich allerdings die Frage, ob die Berufungsklägerin überhaupt rechtsgültig ins vorinstanzliche Verfahren einbezogen wurde und damit Kenntnis von der Verfahrenseröffnung sowie die Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen und sich vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils zu äussern. Wäre dies nicht der Fall, so würde dies unter Umständen einen schweren Verfahrensmangel darstellen, der grundsätzlich die – von Amtes wegen zu berücksichtigende – Nichtigkeit der Entscheidung zur Folge hätte (vgl. BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3. m.w.H.).

3.3.1. Die vorinstanzliche Verfügung vom 7. Oktober 2022 stellt das erste Schriftstück im vorinstanzlichen Verfahren dar (act. 3). Erst die korrekte Zustellung dieser Verfügung würde ein Prozessrechtsverhältnis begründen.

Die Zustellung von Verfügungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Neben der Entgegennahme durch den Adressaten gilt die eingeschriebene Postsendung unter anderem auch am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung aber auch die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH).

Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung sodann 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 Zustellung gilt diesfalls am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). 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; bei unbekanntem Aufenthalt des Empfängers müssen sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen worden, jedoch erfolglos geblieben sein. 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. statt vieler: BGE 137 I 195, E. 2.2 und BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1 f. mit zahlreichen Hinweisen).

3.3.2. Gemäss ständiger Praxis der Kammer darf bei einer bekannten Adresse eines Empfängers erst von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden, wenn drei *formelle* Zustellversuche auf *zwei verschiedenen* Wegen erfolglos geblieben sind (vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021 E. II.2.3; OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a; PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5a und c; je m.w.H.). Ist der Empfänger unter einer bekannten Adresse nicht (mehr) ermittelbar, müssen zudem sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sein (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3; BK ZPO-FREI, 2012, Art. 141 N 12; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f. = Beschluss des Obergerichtes Zürich vom 21. Januar 1991).

3.3.3. Die Vorinstanz hat die Verfügung vom 7. Oktober 2022 lediglich einmalig mittels Gerichtsurkunde an die Adresse des Geschäftsführers der Berufungsklägerin gesandt (act. 4). Die postalische Zustellung wurde an die Vorinstanz retourniert, nachdem der Geschäftsführer den Entscheid innert der 7-tägigen Abholfrist nicht abgeholt hatte (act. 4). Da noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde und die Berufungsklägerin damit nicht mit einer Zustellung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO rechnen musste, gilt die Zustellung – entgegen dem Vermerk der Vorinstanz auf dem Umschlag (vgl. act. 4) – als nicht erfolgt. Weitere Zustellversuche im Sinne der vorstehenden Praxis oder Nachforschungen wurden nicht unternommen. Da die Vorinstanz vorliegend keinerlei Zustellversuche an die bekannte Adresse bzw. keine zumutbaren Nachforschungen zur Ermittlung einer alternativen Adresse der Berufungsklägerin unternommen hat, ist das Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensmangels zu bejahen (vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021, E. II.3.2.; OGer ZH LF220003 vom 1. März 2022, E. 3.2). Die Berufungsklägerin hatte von der vorinstanzlichen Verfahrenseröffnung erst ab Zustellung des Urteils vom 15. November 2022 Kenntnis und damit keine Gelegenheit erhalten, am gegen sie laufenden Verfahren teilzunehmen. Entsprechend leidet das vorinstanzliche Urteil an einem schweren formellen Mangel, der im Berufungsverfahren auch nicht geheilt werden kann, zumal

neue Tatsachen und Beweismittel nur noch beschränkt berücksichtigt werden könnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Das führt zur Rückweisung an die Vorinstanz. Durch die Rückweisung werden nicht zuletzt die Parteirechte, in erster Linie die Vermeidung eines Instanzenverlustes sowie das rechtliche Gehör, gewahrt.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 15. November 2022 (EO220287-L) wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung 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, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Aussersihl-Zürich sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 20'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:  
30. Januar 2023