

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 16. Mai 2024

in Sachen

A._____ GmbH,
Berufungsklägerin

betreffend **Organisationsmangel**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. Februar 2024 (EO2300114)

Erwägungen:

I.

1. Die A._____ GmbH (fortan Berufungsklägerin) ist seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen und Ausführung von Arbeiten im Baubereich, namentlich Sanitärarbeiten, Heizungsarbeiten, Fassadenisolationen, Verputzarbeiten, Maler- und Gipserarbeiten. Als Domiziladresse ist seit dem tt.mm.2023 (Datum Tagesregister-Eintrag; Publikation im SHAB am tt.mm.2023) B._____ - Strasse ..., C._____, im Handelsregister eingetragen. Als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist D._____ aufgeführt (vgl. act. 2/1 und act. 13).

2.1 Mit Schreiben vom 18. September 2023 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, dass zwei Mal erfolglos versucht worden sei, ihr an der eingetragenen Adresse (Rechtsdomizil) einen Brief zuzustellen. Das Handelsregisteramt führte an, aufgrund der Nichterreichbarkeit sei davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin an ihrem Sitz kein Rechtsdomizil mehr habe, womit ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 7 OR vorliege. Das Handelsregisteramt forderte die Berufungsklägerin auf, den Organisationsmangel innert 30 Tagen zu beheben, und gab an, welche Unterlagen bezüglich des Domizils einzureichen seien, mit dem Hinweis, dass im Säumnisfall die Angelegenheit dem Gericht überwiesen werde (act. 2/4). Das an die Domiziladresse der Berufungsklägerin adressierte Einschreiben wurde mit dem Vermerk der Post "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" an das Handelsregisteramt retourniert (vgl. act. 2/4 Kopie Couvert). Domizilnachforschungen des Handelsregisteramtes ergaben keine neue Adresse (act. 2/2). Am tt.mm.2023 erfolgte die Aufforderung an die Berufungsklägerin zur Behebung des Organisationsmangels durch amtliche Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; act. 2/5).

2.2 Nachdem die 30-tägige Frist ungenutzt verstrichen war, überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit mit Eingabe vom 15. November 2023

(Poststempel) 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 Bülach (fortan Vorinstanz) und zeigte an, dass die Berufungsklägerin einen Mangel in der gesetzlich zwingenden Organisation aufweise, weil sie am eingetragenen Rechtsdomizil nicht mehr erreichbar sei (act. 1 inkl. Beilagen act. 2/1-6).

3.1 Mit Verfügung vom 22. November 2023 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin eine Frist von 20 Tagen an, um den rechtmässigen Zustand (Eintragung eines gültigen Domizils) wiederherzustellen, unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Des Weiteren wurde der Berufungsklägerin das Vorgehen der Mangelbehebung während laufendem Verfahren und nach Fällung des Urteils (Wiederherstellungsgesuch) erläutert (act. 3 Dispositiv-Ziffer 4). Die Verfügung wurde an die Adresse des Gesellschafters und Geschäftsführers D._____ (E._____ -Strasse ..., C._____) gesandt und am 29. November 2023 zugestellt (vgl. act. 3 S. 3 und act. 4).

3.2 Nachdem die Frist gemäss Verfügung vom 22. November 2023 ungenutzt abgelaufen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 27. Februar 2024 die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an. Die Vorinstanz beauftragte das Konkursamt Embrach mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 1'200.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt (act. 5 = act. 9 S. 2). Das Urteil wurde wiederum an die Adresse des Gesellschafters und Geschäftsführers D._____ versandt und am 4. März 2024 zugestellt (act. 5 S. 2 und act. 6).

4. Mit an die Vorinstanz adressierter Eingabe vom 11. März 2024 (Poststempel) erhob D._____ im Namen der Berufungsklägerin "Einsprache" gegen das vorerwähnte Urteil vom 27. Februar 2024 (act. 10 und Beilagen act. 11/1-2). Die Eingabe wurde der Kammer von der Vorinstanz unverzüglich weitergeleitet (act. 12) und hierorts als rechtzeitig erhobene Berufung entgegengenommen. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-7). Auf weitere prozessuale Anordnungen kann verzichtet werden. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1.1 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, wobei der Streitwert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu bestimmen ist (vgl. statt vieler ZR 110/2011 Nr. 30 E. 3.3.1). Das Stammkapital der Berufungsklägerin beläuft sich gemäss Handelsregisterauszug auf Fr. 20'000.– (act. 13). Damit ist der für die Berufung erforderliche Streitwert gegeben.

1.2. 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. Die Berufungsklägerin beantragt (sinngemäss) die Aufhebung des angefochtenen Urteils vom 27. Februar 2024. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Gesellschaft sei unter der Domiziladresse erreichbar, wie aus dem Foto des korrekt angeschriebenen Briefkastens an der Domiziladresse ersichtlich sei. Der Hauptsitz sowie das Lager befänden sich an diesem Standort und seien funktionsfähig (act. 10). Die Berufungsklägerin reichte zu ihren Ausführungen ein Foto von einer Scheunentüre ein, auf welcher ein grosses Schild mit der Aufschrift A._____ GMBH und darunter ein Briefkasten zu sehen sind (act. 11/2). Des Weiteren wurde der Screenshot einer auf Italienisch verfassten E-Mail vom 29. November 2023 von D._____ an "F'._____@zh.ch" eingereicht. Darin schrieb D._____, die Berufungsklägerin habe die im Handelsregister eingetragene Firmenadresse, weshalb er nicht verstehe, was das Handelsregisteramt brauche (act. 11/1). Zwar ist F._____ der zuständige Sachbearbeiter des Handelsregister-

amtes, jedoch enthält die an ihn (vermeintlich) gesandte E-Mail eine falsche Empfänger Adresse (vgl. act. 1 und act. 2/4).

3.1 Der der Vorinstanz bekannte Sachverhalt, nämlich dass das Schreiben des Handelsregisteramtes an die Berufungsklägerin vom 18. September 2023 an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse "B._____-Strasse ..., C._____" nicht zugestellt werden konnte (act. 2/4) und die Zustellung der vorinstanzlichen Verfügung vom 22. November 2023 an die Privatadresse des Gesellschafters mit Fristansetzung zur Mangelbehebung unter Androhung von Säumnisfolgen ohne Reaktion blieb, liess keinen anderen Schluss zu, als dass die im Handelsregister eingetragene Adresse der Berufungsklägerin nicht (mehr) den Mittelpunkt ihrer administrativen Tätigkeit bildet sowie nicht die Adresse ist, wo ihr Mitteilungen aller Art physisch zugestellt werden können. Der Vorinstanz kann damit keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung und/oder Rechtsverletzung vorgeworfen werden, indem sie vom Bestehen eines Organisationsmangels ausging.

3.2 Die Auflösung einer Gesellschaft kommt zwar nur als ultima ratio in Frage, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. nicht zielführend erwiesen haben; dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft – wie im vorliegenden Fall – in keiner Art und Weise vernehmen lässt (vgl. BGE 141 III 43 ff., E. 2.6 je m.w.H.). Wie gesagt hat die vorinstanzliche Verfügung vom 22. November 2023 der Berufungsklägerin via dessen Geschäftsführer zugestellt werden können. Die Berufungsklägerin hatte damit Kenntnis von der ihr angesetzten Frist zur Äusserung resp. Behebung des Organisationsmangels. Trotz dieser Kenntnis liess die Berufungsklägerin die ihr angesetzte Frist ungenutzt verstreichen. Bei den Behauptungen der Berufungsklägerin im Rechtsmittelverfahren, wonach die Domiziladresse korrekt sei und Zustellungen an sie aufgrund des angeschriebenen Briefkastens möglich (gewesen) seien, handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen. Das eingereichte Foto und das E-Mail Schreiben (act. 11/1-2) stellen sodann neue Beweismittel dar. Wie erwähnt (vgl. Ziff. II.1.2) sind solche Noven im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie trotz zu-

mutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt: Es ist nicht erkennbar und auch nicht dargetan, inwiefern die genannten Behauptungen und Beweismittel nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Als Noven können sie im Berufungsverfahren somit keine Beachtung (mehr) finden.

Selbst wenn diese neuen Beweismittel berücksichtigt werden könnten, würden sie zum Nachweis, dass der vom Handelsregisteramt festgestellte Organisationsmangel nicht vorliegt bzw. behoben worden ist, nicht genügen. Ein blosses Foto von einer Scheunentüre mit einem Schild des Firmennamens und einem Briefkasten darunter reicht nicht aus zum Nachweis, dass sich das Rechtsdomizil der Berufungsklägerin tatsächlich an der angegebenen Adresse befindet und sie hier aufgrund eines Rechtstitels (z.B. Eigentum, Miete, Untermiete, usw.) über ein Lokal verfügt, welches den Mittelpunkt ihrer administrativen Tätigkeit bildet und wo ihr Mitteilungen aller Art physisch zugestellt werden können (vgl. BGE 100 Ib 455 E. 4.; Meisterhans/Gwelessiani, *PraxisKomm HRegV*, 4. Aufl. 2021, Art. 2 N 17 und Art. 117 N 496; SHK *HRegV-Turin*, Bern 2013; Art. 2 N 8 und 10 sowie Art. 117 N 11 f.).

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung der Berufungsklägerin abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

5. Schliesslich ist auf Folgendes hinzuweisen: Sofern die Berufungsklägerin (welche ihre Eingabe an die Vorinstanz gesandt hatte), ein Zurückkommen auf das vorinstanzliche Urteil resp. die ihr angesetzte Frist zur Behebung des Organisationsmangels durch die Vorinstanz im Sinne einer Fristwiederherstellung bewirken möchte, hat sie sich diesbezüglich an die Vorinstanz zu wenden. Da die Frist zur Behebung des Organisationsmangels mit Verfügung vom 22. November 2023 durch die Vorinstanz angesetzt worden war, ist diese auch nach der Beendigung des Verfahrens für die Wiederherstellung zuständig (vgl. Art. 148 Abs. 3 ZPO), worauf die Vorinstanz bei der Ansetzung der Frist auch hingewiesen hatte (vgl. act. 3 S. 3, Dispositivziffer 4, 3. Spiegelstrich m.H. auf Art. 148 ZPO).

III.

1. 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. 171 f.; OGer ZH LF210057 vom 31. August 2021, E. 3.2). 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) eingeleitet wird. Dementsprechend ist die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (Fr. 100.– bis maximal Fr. 7'000.–) in Würdigung des Streitwertes, 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). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 20'000.– (vgl. E.II.1.1) sowie unter Berücksichtigung des relativ geringen Zeitaufwands des Gerichts sowie Schwierigkeitsgrades des Falles erscheint es angemessen, die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr auf Fr. 300.– festzusetzen.

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Umtriebsentschädigung für die Berufungsklägerin entfällt bei diesem Prozessausgang von vornherein und wurde überdies auch nicht beantragt.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Embrach und sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

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. 20'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: