

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF240083-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie  
Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

## **Beschluss und Urteil vom 15. August 2024**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation,**  
Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Organisationsmangel**

**Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes  
Winterthur vom tt.mm.2024 (EO240044)**

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die Berufungsklägerin ist seit dem tt.mm.2020 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Betrieb eines Coiffeursalons. Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "B. \_\_\_\_\_-strasse ..., C. \_\_\_\_\_" angegeben. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Berufungsklägerin ist D. \_\_\_\_\_ (act. 14).

1.2. Nachdem das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin erfolglos aufgefordert hatte, den Mangel eines fehlenden rechtsgültigen Domizils innert angesetzter Frist zu verbessern, überwies es die Angelegenheit mit Eingabe vom 4. März 2024 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 Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz; act. 4/1).

1.3. Mit Verfügung vom tt.mm.2024 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den Organisationsmangel zu beheben (act. 4/3). Die Verfügung wurde mittels Gerichtsurkunde an die eingetragene Domiziladresse der Berufungsklägerin und an die Privatadresse des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers gesandt (act. 4/3 Dispositiv-Ziff. 5). Beide Postsendungen wurden nicht abgeholt und von der Post retourniert (act. 4/4). Daraufhin liess die Vorinstanz die Verfügung am tt.mm.2024 im Schweizerischen Handelsblatt (SHAB) publizieren (act. 4/5). Mit Urteil vom tt.mm.2024 ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Winterthur-Altstadt mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf Fr. 1'000.– fest und auferlegte diese der Berufungsklägerin (act. 4/6). Die Zustellung des Urteils an die Berufungsklägerin erfolgte durch Publikation im SHAB am tt.mm.2024 (act. 4/6 Dispositiv-Ziff. 4).

1.4. Mit Eingabe vom 8. Juli 2024 ersuchte die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz um Aufhebung des Urteils vom tt.mm.2024 und Wiederherstellung der Frist zur Behebung des Organisationsmangels; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse (act. 1 S. 2). Daneben beantragte sie die Gewäh-

zung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 1 S. 3). Sie machte im Wesentlichen geltend, ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer D.\_\_\_\_\_ habe sich vom 26. Januar 2024 bis 20. Juni 2024 in Untersuchungshaft bzw. im Strafvollzug im Gefängnis Horgen befunden. Seither verbüsse er den Rest seiner Freiheitsstrafe in Halbgefangenschaft. Bei der im Handelsregister eingetragenen Domiziladresse handle es sich um die Wohnadresse der Exfrau von D.\_\_\_\_\_. Diese habe D.\_\_\_\_\_ nicht über die Verfügung der Vorinstanz vom tt.mm.2024 informiert. D.\_\_\_\_\_ habe erst im Rahmen der Vorsprache bei der Kantonspolizei Zürich am 27. Juni 2024 vom bereits abgeschlossenen Verfahren betreffend Organisationsmangel erfahren. Er habe auch keine Möglichkeit gehabt, während der Inhaftierung das SHAB zu konsultieren (act. 1 S. 4-9).

1.5. Mit Verfügung und Urteil vom tt.mm.2024 wies die Vorinstanz das Fristwiederherstellungsgesuch und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Berufungsklägerin ab. Die Entscheidgebühr setzte die Vorinstanz auf Fr. 200.– fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (act. 5 = act. 10 [Aktenexemplar] = act. 12). Zur Begründung führte die Vorinstanz zusammengefasst aus, die Berufungsklägerin erkläre nicht, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein solle, entweder ihre Post ins Gefängnis umleiten zu lassen oder zu organisieren, dass jemand die Post für sie in Empfang nehme. Es bestehe daher von vornherein kein Anspruch auf eine Wiederherstellung der Frist. Ausserdem sei ein rechtskräftiger Liquidationsentscheid gemäss Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht widerrufbar. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wies die Vorinstanz zufolge Aussichtslosigkeit ab (act. 10 S. 2 f.). Der Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 29. Juli 2024 zugestellt (act. 6).

1.6. Gegen den Entscheid vom tt.mm.2024 erhob die Berufungsklägerin mit elektronischer Eingabe vom 8. August 2024 (Datum: Abgabequittung [act. 13/2]) Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 11). Sie stellt folgende Anträge:

#### **"Rechtsbegehren:**

1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm.2024 aufzuheben.

2. Es sei der Berufungsklägerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.
3. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm.2024 aufzuheben.
4. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm.2024 nichtig ist.
5. EVENTUALITER sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm.2024 aufzuheben.
6. Es sei die Frist gemäss Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm.2024 wiederherzustellen und der Berufungsklägerin eine Nachfrist anzusetzen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Staatskasse.

### **GESUCH UM VORSORGLICHE MASSNAHMEN**

Es sei das Notariat, Grundbuchamt und Konkursamt Winterthur-Altstadt anzuweisen, während des Verfahrens sämtliche Liquidationshandlung zu unterlassen."

Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-8) wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf weitere prozessleitende Schritte ist zu verzichten. Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das Gesuch der Berufungsklägerin um vorsorgliche Massnahmen gegenstandslos.

2.

2.1. Angefochten ist ein erstinstanzlicher Entscheid betreffend Fristwiederherstellung, der erst nach dem Endentscheid erfolgte und für die Berufungsklägerin einen definitiven Rechtsverlust zur Folge hat. Solche Entscheide sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Praxis der Kammer direkt und selbständig anfechtbar (BGE 139 III 478 E. 6; OGer ZH NG110010 vom 7. Oktober 2011; OGer ZH RU120046 vom 15. Oktober 2012, OGer ZH PS160231 vom 19. Dezember 2016 E. 3.1.1.; OGer ZH PF230064 vom 8. April 2024 E. 2.1.). Der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren beträgt Fr. 20'000.– (act. 14; act. 5 Rz. 5 f.; zur Streitwertberechnung vgl. OGer ZH PF230064 vom 8. April 2024 E. 2.2), womit das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin reichte die Berufung innert zehn Ta-

gen seit Zustellung des angefochtenen Entscheids ein (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO; oben E. 1.4 f.). Die Berufung enthält Anträge und eine Begründung (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen sind folglich erfüllt (Art. 59 f. ZPO).

2.2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.3. Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Eine Partei ist gemäss Art. 147 Abs. 1 ZPO säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Eine Frist verpassen und säumig sein kann eine Partei grundsätzlich nur dann, wenn ihr die Frist ordnungsgemäss angesetzt wurde.

3. Die Berufungsklägerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Verfügung vom tt.mm.2024 mit Fristansetzung zur Verbesserung des Organisationsmangels und den angefochtenen Entscheid nicht ordnungsgemäss zugestellt. Die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung gemäss Art. 141 Abs. 1 ZPO seien noch nicht erfüllt gewesen. Die Vorinstanz hätte nach dem gescheiterten ersten Zustellversuch weitere Zustellversuche auf einem anderen Weg als durch eingeschriebene Postsendung unternehmen müssen. Hätte die Vorinstanz beispielsweise eine Zustellung über das Stadtammannamt, das Betreibungsamt oder die Polizei versucht, hätte sie erfahren, dass sich D.\_\_\_\_\_ im Gefängnis Horgen aufhalte. Sie, die Berufungsklägerin, habe mangels rechtsgültiger Zustellung der Verfügung vom tt.mm.2024 keine Gelegenheit gehabt, am gegen sie laufenden Verfahren teilzunehmen. Das vorinstanzliche Urteil vom tt.mm.2024 leide an einem schweren formellen Mangel, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könne (act. 11 Rz. 32-37).

4.

4.1. Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entschieden (vgl. Art. 136 lit. b ZPO) gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Demnach erfolgt die Zustellung durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG). Sie gilt als erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Bei einer Zustellung an eine juristische Person an deren Sitz oder Geschäftsniederlassung, hat diese an den Adressaten, eine im Handelsregister eingetragene Person oder eine andere zur Vertretung berechnigte Person, und subsidiär an einen (ausdrücklich, stillschweigend oder aus den Umständen ergebend) bevollmächtigten Angestellten zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS200088 vom 8. Mai 2020 E. 3.1; PS160081 vom 3. Juni 2016 E. 3.2). Die Zustellung kann an die Sitzadresse oder eine Geschäftsniederlassung der juristischen Person erfolgen, aber auch an der Privat- oder Geschäftsadresse des Vertreters (vgl. dazu BGer 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.4 m.w.H. und auch ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5). 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).

4.2. 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 (BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1-2 m.w.H.).

4.3. In der Regel darf erst dann von einer Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen werden, wenn ausreichende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zu Hause persönlich angetroffen werden kann (vgl. etwa OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019 E. 6a m.w.H.). Bei einer bekannten Adresse eines Empfängers darf gemäss ständiger Praxis der Kammer von einer Unmöglichkeit der Zustellung erst ausgegangen werden, wenn drei *formelle* Zustellversuche auf *zwei verschiedenen* Wegen erfolglos geblieben sind (vgl. OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a; OGer ZH PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2; OGer ZH LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5a). 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. BK ZPO-FREI, Art. 141 N 12; ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; ZR 97 [1998] Nr. 113 S. 304 f.).

4.4. Erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind, ist der Entscheid mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass er in der Regel nichtig ist. Das gilt zumindest in jenen Fällen, in denen der Adressat keine Kenntnis vom Verfahren hatte (BGer 4A\_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.3. m.w.H.; vgl. auch BGE 129 I 361 E. 2; BGE 136 III 571 E. 4-6).

5.

5.1. Die Vorinstanz forderte die Berufungsklägerin mit Verfügung vom tt.mm.2024 auf, den Organisationsmangel zu beseitigen. Sie unternahm dabei einen postalischen Zustellversuch an die im Handelsregister eingetragene Domizil-

adresse und die Privatadresse von D. \_\_\_\_\_ (act. 4/3 Dispositiv-Ziff. 5). Beide Postendungen wurden an die Vorinstanz retourniert, nachdem sie weder entgegenommen noch innert der siebentägigen Abholfrist abgeholt worden waren (act. 4/4). Weil ein Prozessrechtsverhältnis mit der Verfügung vom tt.mm.2024 erst hätte begründet werden sollen und die Berufungsklägerin bis dahin nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen musste, greift die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht. Dass die Vorinstanz vor der öffentlichen Bekanntmachung der Verfügung vom tt.mm.2024 und des Entscheides vom tt.mm.2024 weitere Zustellversuche auf anderen Wegen unternommen oder irgendwelche Nachforschungen zur Feststellung des Aufenthaltsorts von D. \_\_\_\_\_ angestellt hätte, ist nicht aktenkundig (vgl. act. 4/1-8). Aus den Akten ergeben sich aber auch keine Gründe, die darauf schliessen liessen, dass solche Zustellversuche und Nachforschungen von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen wären. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Exfrau von D. \_\_\_\_\_ bei einer Zustellung durch Angehörige des Gerichts, des Stadtammannamtes oder der Polizei an der Domilziladresse hätte angetroffen werden und über den Aufenthalt von D. \_\_\_\_\_ im Gefängnis hätte Auskunft geben können. Hätte sich die Vorinstanz für eine Zustellung durch die Polizei entschieden, wäre ihr wohl bereits durch die Polizei Entsprechendes gemeldet worden.

5.2. Demzufolge waren die Voraussetzungen der öffentlichen Bekanntmachung nach Art. 141 Abs. 1 ZPO, zu welcher nur als letztes Mittel gegriffen werden darf, offensichtlich nicht erfüllt. Hinweise dafür, dass die Berufungsklägerin auf anderem Wege rechtzeitig vom Organisationsmängelverfahren Kenntnis erlangt hätte, liegen nicht vor. Die Berufungsklägerin selbst beruft sich darauf, erstmals aufgrund der Vorsprache von D. \_\_\_\_\_ bei der Kantonspolizei Zürich am 27. Juni 2024 von ihrer Auflösung und der Anordnung ihrer Liquidation erfahren zu haben (act. 1 Rz. 3, 11, 14; act. 11 Rz. 21). Die Berufungsklägerin wurde somit daran gehindert, im Organisationsmängelverfahren ihre Rechte wahrzunehmen. Das Urteil der Vorinstanz vom tt.mm.2024, mit welchem die Berufungsklägerin aufgrund des Organisationsmangels aufgelöst wurde, leidet unter diesen Umständen an einem schweren formellen Mangel und ist nichtig. Die Vorinstanz hat das Verfahren nochmals durchzuführen.

5.3. Weitere Ausführungen zum Fristwiederherstellungsgesuch erübrigen sich. Weil das Urteil vom tt.mm.2024 nichtig ist, fehlt es bereits an einer Säumnis der Berufungsklägerin und ist das Gesuch um Fristwiederherstellung gegenstandslos.

6. Zusammenfassend ist die Berufung gutzuheissen und die Nichtigkeit des Urteils der Vorinstanz vom tt.mm.2024 im Organisationsmängelverfahren festzustellen. Der Entscheid der Vorinstanz vom tt.mm.2024 im Fristwiederherstellungsverfahren ist aufzuheben und das Begehren der Berufungsklägerin um Fristwiederherstellung abzuschreiben.

7. Bei diesem Verfahrensausgang fallen die Entscheidgebühren für das erst- und das zweitinstanzliche Fristwiederherstellungsverfahren ausser Ansatz. Der Berufungsklägerin ist für beide Verfahren aus der Staatskasse eine Parteientschädigung von je Fr. 2'100.– bzw. insgesamt Fr. 4'200.– (inkl. MWST.) zuzusprechen (Streitwert: Fr. 20'000.–; § 4, § 9 und § 13 AnwGebV). Die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung werden damit gegenstandslos.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgeschrieben.

2. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachstehendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichts summarisches Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm.2024 Geschäfts-Nr. EO240013 nichtig ist. Die Vorinstanz hat das Organisationsmängelverfahren ordnungsgemäss durchzuführen.
2. Die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts summarisches Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom tt.mm. 2024 Geschäfts-Nr. EO240044 wird vollumfänglich aufgehoben und das Gesuch der Berufungsklägerin um Fristwiederherstellung wird abgeschrieben.
3. Es werden für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren betreffend Fristwiederherstellung keine Gerichtskosten erhoben.
4. Die Berufungsklägerin wird für ihre Parteikosten im erst- und zweitinstanzliche Verfahren betreffend Fristwiederherstellung aus der Gerichtskasse mit Fr. 4'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Konkursamt Winterthur-Altstadt, an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Gerichtskasse.

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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:  
15. August 2024