

GR_GERICHTE ZK2 2022 16 vom 10. Mai 2022

GR Gerichte, 2022-05-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2 2022 16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2022_16)

FR: GR_GERICHTE ZK2 2022 16 du 10 mai 2022

IT: GR_GERICHTE ZK2 2022 16 del 10 maggio 2022

Regeste

Ergreifen der erforderlichen Massnahmen | Berufung OR AG/andere
Handelsgesellschaft/Genossenschaft

Erwägungen

E. 1

Januar 2021 zu Art. 939 OR die Bemessung des Streitwerts konkretisiert. Weil in einem Organisationsmängelverfahren in jedem Fall aufgrund der geltenden Of- fizialmaxime die Auflösung der mit dem Organisationsmangel behafteten juristi- schen Person drohe, sei der Streitwert im Grundsatz stets nach Massgabe des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu berechnen (zuletzt OGer ZH LF220003 v. 19.1.2022 E. 2.2 m.w.H.). Der konkrete Streitwert in einem Organisa- tionsmängelverfahren sei aus Gründen der Prozessökonomie pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekannten) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von nominellem Grundkapital, tatsächlichem Jahresum- satz und tatsächlich vorhandenen Aktiva, wobei zunächst auf erstere Kenngrösse abzustellen sei, die eine fingierte Untergrenze des Streitwerts bilde (OGer ZH LF200049 v. 11.12.2020 E. 4.4). Da praxisgemäss regelmässig einzig das nomi-

E. 1.3

Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Ent- scheid ist unter Beilage des Entscheids innert 10 Tagen seit der Zustellung des- selben beim Kantonsgericht von Graubünden schriftlich und begründet einzurei- chen (Art. 311 ZPO und Art. 314 Abs. 1 ZPO sowie Art. 7 Abs. 1 EGzZPO [BR 320.100]). Der angefochtene Entscheid des Einzelrichters am Regionalgericht Albula vom 16. März 2022 wurde den Parteien gleichentags mitgeteilt und durch öffentliche Bekanntmachung im SHAB und im Kantonsamtsblatt am 17. März 2022 zugestellt. Mit der Eingabe vom 28. März 2022 wurde die zehntägige Rechtsmittel- frist gewährt, weshalb auf die im Übrigen formgerecht eingereichte Berufung ein- zutreten ist. 2.1. Im Rahmen der Berufung macht die Berufungsklägerin im Wesentlichen geltend, dass die fristansetzende Verfügung der Vorinstanz vom 10. Februar 2022 und der Entscheid vom 16. März 2022 mangelhaft zugestellt worden seien. Die Verfügung und der Entscheid seien der Berufungsklägerin lediglich durch Publika- tion im SHAB und im Kantonsamtsblatt zugestellt worden. Es seien keine sonsti- gen Zustellversuche unternommen worden. Insbesondere sei nicht ersichtlich, dass dem einzigen Verwaltungsratsmitglied, welcher in E._____ wohne, irgend- welche Mitteilungen gemacht worden seien. Dies genüge den gesetzlichen Vorga- ben nach Art. 136 ff. ZPO nicht und damit sei das Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensmangels zu bejahen (act. A.1, Ziff. III.3). Insofern rügt die Berufungsklägerin die Rechtmässigkeit der Zustellung der sie betreffenden Schriftstücke – Verfügung und Entscheid – mittels Publikation im SHAB und im Kantonsamtsblatt. Somit ist nachfolgend

zu prüfen, ob die Publikationen recht- mässig erfolgt sind. 2.2. Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Ent- scheidungen (vgl. Art. 136 lit. b ZPO) gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO.

E. 5

/ 12 nelle Grundkapital bekannt sein dürfte (so ausdrücklich OGer ZH LF110011 v. 14.2.2011 E. 3.3.1), kommt diesem im Vergleich zu den anderen beiden Kenn- grössen eine entscheidendere Rolle zu. Entsprechend wird auch in der Lehre die Ansicht vertreten, dass der Festsetzung des Streitwerts anhand des nominellen Gesellschaftskapitals der Vorzug gegeben werden sollte (vgl. Benjamin Dome- nig/Claudio Gür, Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, Prozessrechtliche Aspekte, in: AJP 2021, S. 177 m.w.H.). In Bezug auf die Beru- fungsklägerin ist hier einzig das nominelle Grundkapital, das Aktienkapital, be- kannt. Dieses beläuft sich gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Graubünden auf CHF 100'000.00 (act. B.3). Damit ist der für eine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erforderliche Streitwert ohne Weiteres gegeben.

E. 6

/ 12 Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). 2.2.1. Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung durch Publikation im Kantonsamtsblatt oder im SHAB erfolgen (sog. Ediktalzustellung), wenn der Auf- enthaltort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutba- rer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zu- stelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Die Ediktalzustellung ist subsidiä- rer Natur und als ultima ratio nur zulässig, wenn eine förmliche Zustellung nach Art. 137 ff. ZPO gescheitert oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Sie ist mithin ein blosser Notbehelf, der nur zur Anwendung gelangen kann und darf, wenn es tatsächlich unmöglich ist, den betroffenen Adressaten eine der nament- lich in Art. 136 ZPO vorgesehenen gerichtlichen Sendungen in der durch Art. 138 ZPO vorgesehenen Form zuzustellen (Julia Gschwend, in: Spühler/Tenchio/In- fanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 1 zu Art. 141 ZPO). Die Ediktalzustellung bewirkt die Fikti- on, dass die Zustellung und insbesondere die Vorladung dem Adressaten zuge- gangen sind. Ihr Zweck ist es, damit unbekannt Abwesende oder Parteien, die entgegen der ihnen ordnungsgemäss zugestellten Aufforderung dazu kein Zustel- lungsdomizil bezeichnet haben, in endgültiger und unanfechtbarer Weise eine ge- richtliche Sendung zuzustellen, so dass daran, dass sie trotz der (fiktiven) Zustel- lung nicht erscheinen oder die angesetzte Frist unbenützt verstreichen lassen, die gesetzlich vorgesehenen und angedrohten prozessualen Folgen geknüpft werden können, und zwar unabhängig davon, ob die betroffene Person von der Publikti- on erfahren hat oder nicht (Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 25 zu Art. 141 ZPO). Erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung, obschon die Vorausset- zungen 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 Ent- scheidens (vgl. statt vieler BGE 137 I 195 E. 2.2). 2.2.2. In der Regel kann von der Unmöglichkeit einer Zustellung im Sinne von Art. 141

Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind. Dabei müssen sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen (zum Beispiel mit einer Anfrage bei der Einwohnerkontrolle des Wohnortes oder bei Bekannten) erfolgt, aber erfolglos ge-

E. 7

/ 12 blieben sein (BGE 116 III 85 E. 2; BGer 4A_646/2020 v. 12.4.2021 E. 3.1-3.2). Praxisgemäss genügt dabei im Normalfall ein zweimaliger, korrekt erfolgter Zustellversuch (KGer GR ZK2 15 7 v. 15.9.2016 E. 3c/cc; a.A. OGer ZH LF220003 v. 19.1.2022 E. 3.1, welches nach konstanter Praxis drei formelle Zustellversuche auf zwei verschiedenen Wegen vorschreibt). Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um die Zustellung an eine im Handelsregister eingetragene juristische Person handelt. Eine im Geschäftsverkehr tätige Aktiengesellschaft hat dafür zu sorgen, dass ihr an sie adressierte Postsendungen zugestellt werden können. Sie hat sicherzustellen, dass sie an ihrem Rechtsdomizil erreichbar ist und an dieser Adresse Post entgegengenommen wird (KGer GR ZK2 15 7 v. 15.9.2016 E. 3c/cc m.w.H.). 2.3. Nachdem das GIHA die vorliegende Angelegenheit an die Vorinstanz überwiesen hatte, hat letztere mit Verfügung vom 10. Februar 2022 die Eingabe des GIHA vom 7. Februar 2022 der Berufungsklägerin durch öffentliche Bekanntmachung im SHAB sowie im Kantonsamtsblatt zugestellt, wobei der Gesellschaft eine Frist von 30 Tagen angesetzt wurde, um den rechtmässigen Zustand herzustellen oder konkrete Gründe darzulegen, welche gegen die Eingabe sprechen würden. Bei Säumnis oder unbehelflichen Einwendungen werde durch Entscheidung des Gerichts die Auflösung der Berufungsklägerin und ihre Liquidation nach den Konkursregeln angeordnet (siehe RG act. 2 und 3). Mithin hat die Vorinstanz im Vorfeld keine Zustellversuche im vorstehend dargelegten Sinne unternommen, bevor die Publikation im SHAB sowie im Kantonsamtsblatt erfolgte. Die Vorinstanz ging also bereits im Zeitpunkt der Überweisung durch das GIHA (vgl. RG act. 1) von der Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO aus, ohne selbst überprüft zu haben, ob die Berufungsklägerin über ein funktionierendes Rechtsdomizil verfügte. Es erfolgte zwar gleichentags mit der öffentlichen Bekanntmachung, mithin am 10. Februar 2022, ein Zustellversuch mit eingeschriebener Sendung an die Berufungsklägerin. Diese war an ihrem Rechtsdomizil an der A._____ in F._____ offenbar nicht erreichbar, weswegen die eingeschriebene Sendung am 25. Februar 2022 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz zurückgesendet wurde (RG act. 4). Dieser Zustellversuch vermag aber den Anforderungen an die Unmöglichkeit nach Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zu genügen, denn es liegt kein zweimaliger, korrekt erfolgter Zustellversuch vor, weswegen die Ediktalzustellung verfrüht erfolgt ist bzw. nicht hätte erfolgen dürfen. Der erfolgte Zustellversuch durch das GIHA an die Berufungsklägerin sowie in Kopie an das einzige Verwaltungsratsmitglied der Berufungsklägerin (vgl. RG act. 1.2) sind unbeachtlich, da es sich dabei nicht um gerichtliche Zustellversuche handelt, dadurch mithin noch kein Prozessverhältnis zwischen der Vorinstanz und

E. 8

/ 12 der Berufungsklägerin entstanden ist. Vielmehr ist mit der Überweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz ein neues Verfahren in Gang gesetzt worden (vgl. hierzu auch BGE 138 III 225 E. 3.1), was im Rahmen von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO entsprechend hätte berücksichtigt werden müssen. 2.4.1. Das Obergericht des Kantons Zürich hat im Entscheid LF210047 vom 31. August 2021 festgehalten, dass gerade in

Organisationsmängelverfahren – namentlich wenn die Domiziladresse fehlt oder eine Zustellung an diese nicht möglich ist – allenfalls eine Zustellung an einen Gesellschafter angezeigt ist, sofern eine diesbezügliche Adresse bekannt bzw. mit den zumutbaren Nachforschungen herauszufinden ist. So ist Zweck des Organisationsmängelverfahrens gerade, der Gesellschaft zumindest die Chance zur Korrektur der Mängel zu geben. Die drohende Auflösung der juristischen Person und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs sowie die damit verbundene dauernde Handelspublizität rechtfertigen es, dass das Gericht nicht nur die Zustellung an die Domiziladresse selbst, sondern bei zumutbarem Aufwand auch an bekannte Gesellschafter versucht (OGer ZH LF210047 v. 31.8.2021 E. 3.4 in fine). 2.4.2. In der vorliegenden Angelegenheit handelt es sich bei der Berufungsklägerin um eine Aktiengesellschaft, weswegen der oder die Gesellschafter dem Handelsregister nicht entnommen werden können. Entsprechend war es der Vorinstanz nicht möglich, einen Gesellschafter auf die Organisationsmängel der Berufungsklägerin hinzuweisen. Hingegen ist dem Handelsregister das einzige Mitglied des Verwaltungsrats, C._____, wohnhaft in E._____, zu entnehmen (act. B.3). Entsprechend hätte die Vorinstanz zumindest versuchen müssen, C._____ persönlich über die Organisationsmängel und die drohende Auflösung der Berufungsklägerin zu informieren, zumal er seinen Wohnsitz in der Schweiz hat und damit die Zustellung ohne Weiteres hätte erfolgen können. Dieser Zustellversuch ist allerdings unterblieben. Ein Zustellversuch durch das Gericht wäre umso mehr angezeigt gewesen, als bereits das GIHA sein Schreiben vom 2. Juli 2021 in Kopie C._____ persönlich zugestellt hatte (vgl. RG act. 1.2) und damit die Vorinstanz somit ohne weitere Nachforschungen über die private Adresse des einzigen Verwaltungsratsmitglieds verfügte. Der für die Vorinstanz damit verbundene Aufwand wäre folglich gering gewesen. Die Berufungsklägerin bringt zwar vor, dass nicht ersichtlich sei, dass C._____ irgendwelche Mitteilungen gemacht worden seien (act. A.1, S. 7). Entsprechend muss angenommen werden, dass er das Schreiben des GIHA vom 2. Juli 2021 nicht erhalten hat und folglich unter seiner Adresse in E._____ zumindest bloss eingeschränkt erreichbar ist. Wäre die Vorinstanz im Wissen darum gewesen, hätte dies allerdings als Begründung für die unterbliebe-

E. 9

/ 12 ne Zustellung an C._____ nicht ausgereicht. Es wäre mithin im Sinne der vorstehenden Ausführungen angezeigt gewesen, dass ein erneuter Zustellversuch, aber diesmal durch das Gericht, erfolgt. 2.5. Den vorstehenden Erwägungen zufolge waren die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung nicht erfüllt und die Publikationen im SHAB sowie im Kantonsamtsblatt sind damit zu Unrecht erfolgt, weshalb die Verfügung vom 10. Februar 2022 und der Entscheid vom 16. März 2022 aufgrund mangelhafter Eröffnung keine rechtliche Wirkung zu erzeugen vermochten (vgl. BGE 122 I 97 E. 3; 116 III 85 E. 2). Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz darf der betroffenen Partei aus der mangelhaften Eröffnung eines Entscheids kein Nachteil entstehen. Grundsätzlich führt die mangelhafte Eröffnung eines Entscheides zu dessen Anfechtbarkeit und nur in Ausnahmefällen zur Nichtigkeit. Eröffnet das Gericht einen Entscheid mittels öffentlicher Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, stellt sich die Frage, ob ein besonders schwerer Verfahrensmangel vorliegt, der zur Nichtigkeit des Entscheids führt (BGer 4A_646/2020 v.12.4.2021 E. 3.3). Da die Vorinstanz lediglich gleichentags wie die öffentliche Bekanntmachung einen einzigen Zustellversuch an die bekannte Adresse unternommen hat und Zustellversuche an alternative Adressen oder Personen, beispielsweise an das einzige Verwaltungsratsmitglied, unterlassen hat, ist das Vorliegen eines besonders

schweren Verfahrensmangels zu bejahen (vgl. dazu OGer ZH LF220003 v. 19.1.2022 E. 3.2). 2.6. Im Ergebnis ist deshalb der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Die Vorinstanz hat das Verfahren im Sinne der Erwägungen weiterzuführen. 2.7. Da sich die Berufung als offensichtlich begründet erweist, ergeht die vorliegende Entscheidung gestützt auf Art. 18 Abs. 3 GOG (BR 173.000) und Art. 11 Abs. 2 KGV (BR 173.100) in einzelrichterlicher Kompetenz. 3.1. Beim nicht streitigen Organisationsmängelverfahren, 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, a.a.O., S. 172). Das GIHA ist entsprechend nicht Partei im vorliegenden Verfahren, weshalb von ihm nicht verlangt werden kann, die Prozesskosten zu tragen. Insoweit die Überweisung durch das Handelsregisteramt zu Recht erfolgte, trägt daher die betroffene Gesellschaft die Kosten. Andernfalls sind die Prozesskosten dem Kanton aufzuerlegen (ibid., S. 178). Bei den Kostenverteilungsgrundsätzen nach Art. 106 f. ZPO wird die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht ausdrücklich erwähnt. Eine Kostenverteilung nach dem Ausgang des Verfahrens er-

E. 10

/ 12 scheint hier nicht sachgerecht, weswegen die Kosten grundsätzlich nach dem Verursacherprinzip im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO aufzuerlegen sind (vgl. OGer ZH NQ120017 v. 21.8.2021 E. 4). 3.2. Vorliegend ist darauf hinzuweisen, dass das GIHA richtigerweise die vorliegende Sache der Vorinstanz überwies. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die Berufungsklägerin das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren durch wiederholte Versäumnisse veranlasst und damit die öffentlichen Bekanntmachungen im SHAB sowie im Kantonsamtsblatt erst ausgelöst hat. Nach dem Gesagten müssten die Gerichtskosten aus Billigkeitsgründen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO der Berufungsklägerin auferlegt werden (vgl. zum Ganzen KGer GR ZK2 17 42 v. 10.1.2018, ZK2 17 43 v. 10.1.2018 sowie ZK2 17 44 v. 17.1.2018). Auch wenn es zutrifft, dass das Rechtsmittelverfahren im Interesse und auf Antrag der Berufungsklägerin ausgelöst wurde und durchgeführt wird, ist die Notwendigkeit, überhaupt ein Rechtsmittel zu ergreifen, auf den Entscheid der Vorinstanz zurückzuführen. Heisst die Rechtsmittelinstanz das dagegen gerichtete Rechtsmittel gut, so zeigt dies zugleich, dass die Umtriebe des Rechtsmittelverfahrens durch einen von Anfang an korrekten Entscheid hätten vermieden werden können. Im Rechtsmittelverfahren fehlt es in der vorliegenden Konstellation sodann an einer eigentlichen Gegenpartei, die an der Aufrechterhaltung des erstinstanzlichen Entscheids ein Interesse hat und welcher infolgedessen die Kosten auferlegt werden könnten. Dadurch gerät die Erstinstanz in eine ähnliche Stellung, wie sie eine Gegenpartei einnehmen würde. Es erscheint deshalb angebracht, wenn der Kanton, in dessen Verantwortungsbereich das erstinstanzliche Urteil fällt, sich an den Kosten des Rechtsmittelverfahrens beteiligt (zum Ganzen BGE 142 III 110 E. 3.3 in fine). In Anbetracht der Schwere des vorinstanzlichen Verfahrensfehlers (siehe vorstehend E. 2.5), rechtfertigt es sich vorliegend, die gesamten Prozesskosten dem Kanton bzw. der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). 3.3. Aufgrund der offenkundigen Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz gehen die Kosten des Berufungsverfahrens, welche in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 VGZ (BR 320.210) auf CHF 1'000.00 festgesetzt werden, zu Lasten des Regionalgerichts Albula und werden diesem durch das Kantonsgericht in Rechnung gestellt. Der Berufungsklägerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 1'000.00 durch das Kantonsgericht zurückerstattet. 3.4. Zudem hat das Regionalgericht Albula die Berufungsklägerin für die

Kosten der anwaltlichen Vertretung im Berufungsverfahren zu entschädigen (vgl. BGE 139 III 471). Mangels Einreichung einer Honorarnote wird der Aufwand des

E. 11

/ 12 Rechtsvertreter der Berufungsklägerin nach Ermessen des Gerichts festgelegt (Art. 2 HV; BR 310.250). Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen erscheint eine der Berufungsklägerin zuzusprechende Parteientschädigung in der Höhe von pauschal 1'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) als angemessen. Das Regionalgericht Albula hat die Berufungsklägerin demnach im Umfang von CHF 1'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen.

E. 12

/ 12

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.