

# ZG\_OBERGERICHT Z2 2023 32 vom 11. Mai 2023

ZG Obergericht, 2023-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z2\\_2023\\_32](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z2_2023_32)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z2 2023 32 du 11 mai 2023

IT: ZG\_OBERGERICHT Z2 2023 32 del 11 maggio 2023

## Regeste

Massnahmen gemäss Art. 939 OR (Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 1. März 2023) | übriges Gesellschafts/Handelsr

## Erwägungen

### E. 1

a) Der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 1. März 2023 (ES \_\_\_\_\_) sei aufzu- heben. b) Das Konkursverfahren über die A. \_\_\_\_\_ GmbH, Zug sei einzustellen, eventualiter sei das Kon- kursamt Zug anzuweisen, das Konkursverfahren einzustellen. c) Das Konkursamt Zug sei anzuweisen, die E. \_\_\_\_\_ AG unverzüglich über die Einstellung des Konkursverfahrens und das Dahinfallen des Konkursbeschlags zu orientieren. d) Das Handelsregisteramt des Kantons Zug sei anzuweisen, die A. \_\_\_\_\_ GmbH, Zug wieder ohne den Zusatz "in Liquidation" im Handelsregister einzutragen.

### E. 1.1

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids des Einzelrich- ters am Kantonsgericht Zug vom 1. März 2023 aufgehoben und das Verfahren wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

### E. 1.2

Im Übrigen werden die Anträge der Berufungsklägerin abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der angefochtene Entscheid wird bestätigt. 2. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren von CHF 800.00 sowie die Kosten des Konkursamtes Zug werden auf die Staatskasse genommen. 3. Der Berufungsklägerin wird zu Lasten der Staatskasse eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 890.00 ausgerichtet. 4. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von unter CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls ist die subsidiäre Verfas- sungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG gegeben. Die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. bzw. Art. 116 BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustel- lung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesge- richt, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Wird gleichzeitig ordentliche Beschwerde und Verfas- sungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

Seite 8/8 5. Mitteilung an: - Berufungsklägerin - Kantonsgericht Zug, Einzelrichter (ES \_\_\_\_\_) - Konkursamt des Kantons Zug - Handelsregisteramt Zug - Betreibungsamt

Zug (zur Kenntnisnahme) - Gerichtskasse (im Dispositiv) Obergericht des Kantons Zug II. Zivilabteilung A. Staub I. Cathry Abteilungspräsident Gerichtsschreiber versandt am:

## **E. 2**

Eventualtiter sei der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 1. März 2023 (ES \_\_\_\_\_) aufzuheben und die Sache zur Wiederherstellung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 3**

Mit Eingabe vom 6. April 2023 reichte die Berufungsklägerin Berufung gegen den Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 1. März 2023 mit eingangs genanntem Rechtsbegehren ein (act. 1). Sie brachte unter anderem vor, die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung seien vorliegend nicht erfüllt gewesen. Sie habe vom angefochtenen Entscheid erst mit der E-Mail von F. \_\_\_\_\_, dem zuständigen Sachbearbeiter beim Konkursamt Zug, am 29. März 2023 Kenntnis erlangt. Somit habe die zehntägige Berufungsfrist frühestens am 30. März 2023 zu laufen begonnen bzw. laufe frühestens am 11. März 2023 [recte: 10. April 2023] ab (act. 1 Rz 7).

## **E. 4**

Zunächst ist die Einhaltung der Berufungsfrist zu prüfen.

### **E. 4.1**

Die Berufungsklägerin macht geltend, eine Zustellung durch Publikation dürfe nur erfolgen, wenn die anderen Zustellungsformen nicht möglich seien. Aktenkundig sei, dass die Vorinstanz einmalig eine Zustellung der Sendung vom 23. Dezember 2022 mittels Gerichtsurkunde an die eingetragene Domiziladresse der Berufungsklägerin versucht habe. Diese postalische Zustellung sei an die Vorinstanz retourniert worden, nachdem die Sendung innert der 7-tägigen Frist nicht abgeholt worden sei. Darauf habe die Vorinstanz die Zuger Polizei um polizeiliche Zustellung der Sendung vom 23. Dezember 2022 ersucht. Gemäss deren Bericht vom 3. Februar 2023 habe das Firmendomizil am \_\_\_\_\_-platz in 6300 Zug nicht gefunden werden können. Am \_\_\_\_\_-platz sei kein Briefkasten mit der Firma der Berufungsklägerin angeschrieben gewesen und auch eine Anfrage bei der Liegenschaftseigentümerin, der G. \_\_\_\_\_ AG, habe zu keinem Ergebnis geführt. Die Berufungsklägerin habe ihr Domizil bei der H. \_\_\_\_\_ AG, am \_\_\_\_\_-platz in 6300 Zug, wo die H. \_\_\_\_\_ AG – bis zum Wechsel des Standorts an die \_\_\_\_\_-strasse per 1. April 2023 – auch einen physischen Briefkasten gehabt habe. Die Post sei jedoch mittels eines Postfachs gesammelt und von der Post nicht an den physischen Briefkasten vor Ort geliefert worden. Dorthin müsse auch die Abholungseinladung anlässlich des postalischen Zustellversuchs gelangt, von der H. \_\_\_\_\_ AG dann aber aus bisher ungeklärten Gründen nicht an die Berufungsklägerin weitergeleitet worden sein. Andernfalls wäre die Sendung vom 23. Dezember 2022 nicht – nach unbenutztem Ablauf der Abholungsfrist – als "nicht abgeholt", sondern als "unzustellbar" an die Vorinstanz retourniert worden. Der Empfang anderer Postsendungen – insbesondere auch der Steuerverwaltung des Kantons Zug – durch die Berufungsklägerin an ihrem Domizil habe stets problemlos funktioniert. Weder die Vorinstanz noch die Polizei hätten bei der Post nachgefragt, wie die Zustellung der Post an die Berufungsklägerin genau funktioniere. Dies wäre aber angezeigt gewesen, umso mehr als es notorisch bekannt sei, dass es im Kanton Zug viele sogenannte Briefkastenfirmen gebe, denen von einem Dritten ein Domizil gewährt werde. Gemäss dem Bericht der Zuger Polizei vom 3. Februar 2023 habe diese

auch keinen Kontakt zu Geschäftsorganen der Berufungsklägerin herstellen können. Welche Abklärungen von der Zuger Polizei und/oder der Kantonspolizei Genf getroffen worden seien, gehe aus dem Bericht nicht hervor, jedoch seien sie offensichtlich ungenügend gewesen. Denn zumindest die Adresse von I. \_\_\_\_\_, Geschäftsführer der Berufungsklägerin, könne über das vom Kanton Genf dafür zur Verfügung gestellte Formular online innert weniger Minuten ausfindig gemacht werden. Die Sendung vom 23. Dezember 2022 (und auch der angefochtene Entscheid) hätte also – wäre von der Vorinstanz bzw. der Zuger Polizei richtig nachgeforscht worden – ohne Weiteres an den Geschäftsführer der Berufungsklägerin zugestellt werden können und müssen (act. 1 Rz 19 ff.). Dementsprechend seien die Vorausset-

Seite 4/8 zungen für eine Ediktalzustellung der Aufforderung zur Stellungnahme sowie der verfahrensleitenden Verfügung vom 23. Dezember 2022 nicht erfüllt gewesen, weshalb die Publikation vom 11. Februar 2023 im Amtsblatt des Kantons Zug keine Rechtswirkung entfaltet habe (act. 1 Rz 30).

#### **E. 4.2**

Der angefochtene Entscheid vom 1. März 2023 erging im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO). Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Frist beginnt mit Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids zu laufen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung erfolgt grundsätzlich durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Eine Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung bildet ultima ratio und ist nur zulässig, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO), eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b) oder eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Ist die Publikation des Entscheids unzulässig, beginnt die Berufungsfrist – wenn überhaupt – frühestens im Zeitpunkt zu laufen, als die Adressatin tatsächlich vom Entscheid Kenntnis erhielt; die unwiderlegbare Vermutung gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO, wonach die Bekanntgabe am Erscheinungsdatum stattgefunden hat, kommt diesfalls nicht zum Tragen (Frei, Berner Kommentar, 2012, Art. 141 ZPO N 18; Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2014 30 vom 6. August 2014 E. 1, in: GVP 2014 S. 290 f.).

#### **E. 4.3**

Die Adresse der Berufungsklägerin ergab sich durchwegs aus dem Handelsregister. Nach ihrer Gründung im Oktober 2020 (Tagebucheintrag: 11. Oktober 2020) war als Adresse "\_\_\_\_\_platz in 6300 Zug" eingetragen. Seit dem 26. April 2023 (Tagebucheintrag) ist als Adresse "c/o B. \_\_\_\_\_ AG" im Handelsregister angegeben. Aus den vorinstanzlichen Akten ist nicht ersichtlich, weshalb die Zustellung mittels Publikation im Amtsblatt des Kantons Zug hätte erfolgen müssen bzw. dürfen. Die Adresse der Berufungsklägerin war nie unbekannt (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO). Eine (postalische) Zustellung war zudem – soweit aktenkundig – nie unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden (Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO). Die postalische Sendung vom 23. Dezember 2022 wurde zwar an die Vorinstanz retourniert, jedoch nicht, weil sie nicht zustellbar gewesen wäre, sondern weil sie nicht abgeholt wurde. Dass eine nochmalige postalische Zustellung an die im

Handelsregister eingetragene Adresse der Berufungsklägerin versucht wurde, geht aus den Akten nicht hervor. Woraus die Vorinstanz sodann schliesst, eine Zustellung sei "weder an das Domizil noch an ein Organ der Gesellschaft möglich" gewesen (act. 1/1 E. 3), ist nicht (mehr) nachvollziehbar. Zwar wurde im Bericht vom 3. Februar 2023 über die "Polizeiliche Zustellung" vermerkt, dass am \_\_\_\_\_ in Zug kein Briefkasten mit dieser Firma angeschrieben sei; zudem seien Abklärungen bei der Kantonspolizei Genf getätigt worden, um Angaben unter anderem über den Geschäftsführer der Berufungsklägerin, I. \_\_\_\_\_, zu erlangen, doch seien diese Abklärungen erfolglos geblieben (Vi act. 6). Welche Abklärungen bei der Kantonspolizei Genf getätigt wurden, ist im Bericht nicht erwähnt. Die Vorinstanz liess sich nicht vernehmen. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass diese Abklärungen nicht genügend waren. Denn der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin konnte mittels privater Recherche über ein Online-Formular des Kantons Genf (<https://www.ge.ch/obtenir-renseignements-personne-etablie-geneve/recherche-adresse>) die Adresse von I. \_\_\_\_\_ am 31. März 2023 mit wenig

Seite 5/8 Aufwand ausfindig machen (act. 1/11 und 1/12). Zwar ist es denkbar, dass die Adressauskunft zum Zeitpunkt des Zustellversuchs durch die Zuger Polizei aus irgendwelchen Gründen tatsächlich nicht möglich war. Diese Gründe sind aber nicht aktenkundig, weshalb die Restmöglichkeit, dass die Adresse von I. \_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt des Zustellversuchs tatsächlich nicht ermittelbar war, nicht der Berufungsklägerin angelastet werden kann. Und schliesslich handelt es sich bei der Berufungsklägerin auch nicht um eine Partei mit Sitz im Ausland, die kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO). Mithin waren die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung (Art. 141 Abs. 1 lit. a-c ZPO) nicht erfüllt. Der Umstand, dass kein Briefkasten am \_\_\_\_\_-platz in Zug mit der Firma der Berufungsklägerin angeschrieben war und auch eine Anfrage der Zuger Polizei bei der Eigentümerin der Immobilie zu keinem Ergebnis führte (vgl. Vi act. 6), lässt zwar darauf schliessen, dass die Berufungsklägerin – entgegen ihrem Eintrag im Handelsregister – über keine eigenen Räumlichkeiten am \_\_\_\_\_-platz in Zug verfügt hat und es sich bei ihr um eine blosse Domizilgesellschaft handelt. Dies alleine berechtigte die Vorinstanz – soweit aus den Akten ersichtlich – vorliegend jedoch noch nicht zur Zustellung mittels Publikation im Amtsblatt.

#### **E. 4.4**

Mithin wurden der Berufungsklägerin weder die Aufforderung zur Stellungnahme vom 9. Februar 2023 noch der Entscheid vom 1. März 2023, beide publiziert im Amtsblatt des Kantons Zug, gültig zugestellt. Es ist weiter davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin vom angefochtenen Entscheid tatsächlich erst durch die E-Mail vom 29. März 2023 von F. \_\_\_\_\_, Sachbearbeiter im Konkursamt des Kantons Zug, Kenntnis erlangt hat (act. 1/5). Somit begann die zehntägige Berufungsfrist frühestens am 30. März 2023 zu laufen. Die am 6. April 2023 eingereichte Berufung erfolgte demnach rechtzeitig.

#### **E. 5**

Jede im Handelsregister eingetragene Rechtseinheit muss über ein Rechtsdomizil verfügen (Art. 117 Abs. 2 HRegV). Als Rechtsdomizil gilt die Adresse, unter der die Rechtseinheit an ihrem Sitz erreicht werden kann (Art. 2 lit. b HRegV). Hat die Rechtseinheit kein eigenes Rechtsdomizil, das heisst Räumlichkeiten, über die aufgrund eines Rechtstitels (z.B. Eigentum, Miete, Untermiete etc.) verfügt werden kann, muss im Handelsregister

angegeben werden, wer als Domizilhalterin oder Domizilhalter in der Sitzgemeinde die c/o-Adresse garantiert (Art. 117 Abs. 3 HRegV).

### **E. 5.1**

Die Berufungsklägerin wies unbestrittenermassen einen Organisationsmangel auf, da sie entgegen ihrem Handelsregistereintrag an der eingetragenen Adresse (\_\_\_\_\_-platz, 6300 Zug) über kein eigenes Rechtsdomizil verfügte. Hätte sie an der genannten Adresse über ein eigenes Rechtsdomizil verfügt, wäre der Briefkasten mit ihrer Firma angeschrieben gewesen und hätte die Liegenschaftseigentümerin von ihr als Mieterin bzw. Untermieterin einer anderen Mieterin Kenntnis gehabt. Dies war jedoch nicht der Fall. Schliesslich führt die Berufungsklägerin selbst aus, dass sie ihr Domizil bei der H.\_\_\_\_ AG" [gehabt] habe, diese dort bis zum Wechsel ihres Standorts am 1. April 2023 einen physischen Briefkasten gehabt habe (act. 1 Rz 22) und mittlerweile der Mangel der Eintragung eines fehlenden gültigen Domizils behoben worden sei (act. 1 Rz 35).

### **E. 5.2**

Zu Recht macht die Berufungsklägerin nicht geltend, dass sie den beanstandeten Organisationsmangel (fehlendes Rechtsdomizil) innert der ihr vom Handelsregisteramt mit Schreiben vom 2. September 2022 angesetzten Frist behoben habe. Ebenso wenig hat sie im vorinstanzlichen Verfahren die Behebung des Organisationsmangels mittels eines entsprechen-

Seite 6/8 den Handelsregisterauszugs nachgewiesen. Mittlerweile hat die Berufungsklägerin jedoch ein neues Rechtsdomizil (c/o B.\_\_\_\_ AG) eintragen lassen. Der ursprünglich vorliegende Mangel ist damit beseitigt und die Grundlage für die Auflösung und konkursamtliche Liquidation der Berufungsklägerin ist nachträglich dahingefallen. Bei dieser Tatsache (Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt am tt. Mai 2023) handelt es sich um ein sogenanntes echtes Novum, d.h. um eine Tatsache, die sich erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid verwirklicht hat. Solche Tatsachen können im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO bis zum Beginn der Beratungsphase vorgebracht werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.5 f.). Damit erweist sich die Berufung als begründet. Der angefochtene Entscheid ist im Hauptpunkt aufzuheben und das Verfahren ist in diesem Punkt als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Der vorliegende Entscheid ist gestützt auf Art. 240 ZPO dem Handelsregisteramt Zug sowie dem Konkursamt des Kantons Zug mitzuteilen. Die Anträge gemäss Ziffer 1 lit. b-d des Rechtsbegehrens der Berufungsklägerin werden demnach hinfällig.

### **E. 6**

Zu entscheiden bleibt über die Prozesskosten.

#### **E. 6.1**

Das erstinstanzliche Verfahren hätte vermieden werden können, wenn die Berufungsklägerin den bei ihr festgestellten Organisationsmangel von sich aus oder zumindest innert der ihr vom Handelsregisteramt Zug angesetzten Frist behoben hätte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_411/2012 vom 22. November 2012 E. 3). Gemäss Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten derjenige zu bezahlen, der sie verursacht hat. Dementsprechend hat die Berufungsklägerin für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens – unabhängig von dessen Ausgang – einzustehen.

#### **E. 6.2**

Die Berufung hingegen wäre vermeidbar gewesen, wenn der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren die verfahrenseinleitenden Schriftstücke gültig zugestellt worden wären. Folglich sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren (§ 62 Abs. 2 GOG) und die Kosten des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen. Weiter ist der Berufungsklägerin antragsgemäss für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Deren Höhe bestimmt sich nach dem Streitwert (vgl. § 3 AnwT). Die Berufungsklägerin macht geltend, der Streitwert sei 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. Sie habe ein Stammkapital von CHF 20'000.00 und Aktiven von mindestens EUR 40'022.91 (act. 1 Rz 3 f.). Nach der Praxis der II. Zivilabteilung des Obergerichts bemisst sich der Streitwert in Organisationsmängelverfahren grundsätzlich nach dem nominellen Gesellschaftskapital (vgl. Urteil Z2 2021 50 vom 29. März 2022 E. 5.2, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A\_222/2022 vom 19. August 2022 E. 6.2.5). Darauf ist auch vorliegend abzustellen. Hinzu kommt, dass Informationen über den erzielten bzw. zu erzielenden Umsatz gänzlich fehlen und aus dem zwecks Nachweises der Aktiven eingereichten Kontoauszug (act. 1/3) kein Datum entnommen werden kann, weshalb darauf ohnehin nicht abgestellt werden kann. Das Grundhonorar der Rechtsanwälte beläuft sich bei einem Streitwert von CHF 20'000.00 gemäss § 3 Abs. 1 AnwT auf CHF 3'900.00. Wegen des summarischen Verfahrens ist dieses

Seite 7/8 Honorar ermessensweise auf einen Drittel, ergebend CHF 1'300.00, zu reduzieren (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für die Rechtsmittelverfahren dürfen sodann ein bis zwei Drittel des Honorars, in besonderen Fällen ausnahmsweise das volle Honorar berechnet werden (§ 8 Abs. 1 AnwT). Vorliegend rechtfertigt es sich, zwei Drittel des Grundhonorars zu veranschlagen. Unter Hinzurechnung der Auslagenpauschale von 3 % (§ 25 Abs. 2 AnwT) resultiert eine Parteientschädigung von gerundet CHF 890.00. Mangels eines Antrags im Rechtsmittelbegehren kann die Mehrwertsteuer nicht hinzugerechnet werden (§ 25a AnwT; Weisung des Obergerichts Zug über die Mehrwertsteuer in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 29. Juli 2015 Ziff. 2.1.1). Urteilsspruch

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