

# ZH\_OBERGERICHT LF230049 vom 3. August 2023

ZH Obergericht, 2023-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF230049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF230049)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF230049 du 3 août 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LF230049 del 3 agosto 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die A.\_\_\_\_\_ GmbH, Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin), ist seit dem tt.mm.2020 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt insbesondere den Betrieb eines Restaurants. Als Domizil ist im Handelsregister die Adresse C.\_\_\_\_\_ -strasse ..., ... Zürich, vermerkt. Gesellschafter und Geschäftsführer ist D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Geschäftsführer, vgl. act. 16).

2.1 Das Betreibungsamt Zürich 3 (nachfolgend: Betreibungsamt) hat erfolglos versucht, der Berufungsklägerin einen Zahlungsbefehl an deren Rechtsdomizil zuzustellen (vgl. act. 2/2). Abklärungen des Betreibungsamtes ergaben, dass der Briefkasten zwar angeschrieben ist, jedoch die Post nicht abgeholt wird (act. 2/2). Weiter ergaben die Abklärungen des Handelsregisteramtes bei der Einwohnerkontrolle E.\_\_\_\_\_, dass der Gesellschafter D.\_\_\_\_\_ nicht mehr an seiner im Handelsregister eingetragenen Wohnadresse gemeldet und per 9. Oktober 2021 ohne Hinterlassung einer Adresse ins Ausland verzogen ist (act. 2/3).

2.2 Das Handelsregisteramt forderte die Berufungsklägerin mangels Erreichbarkeit und der Annahme, dass diese am eingetragenen Sitz kein Rechtsdomizil sowie keinen Vertreter mit Wohnsitz in der Schweiz habe, mit Schreiben vom 6. März 2023 auf, den gesetzmässigen Zustand innert 30 Tagen wiederherzustellen und dem Handelsregisteramt vor Ablauf der Frist die im Schreiben aufgeführten Unterlagen einzureichen, verbunden mit der Androhung der Überweisung der Angelegenheit an das Gericht im Säumnisfall (act. 2/4-5). Das Einschreiben mit dieser Aufforderung bzw. Fristansetzung, adressiert an die Domiziladresse wurde zweimal an das Handelsregisteramt retourniert mit dem Hinweis "nicht abgeholt" (act. 2/4 und 2/5, letztes Blatt). In der Folge publizierte das Handelsregisteramt die Aufforderung zur Behebung des Mangels gemäss vorerwähntem Schreiben am 12. April 2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; act. 2/6) und überwies die Angelegenheit mit Eingabe vom 19. Mai 2023 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 Zürich (fortan Vorinstanz; act. 1 inkl. Beilagen act. 2/1-6).

- 3 -

3.1 Mit Verfügung vom 25. Mai 2023 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin Frist an, um den rechtmässigen Zustand (Anmeldung eines neuen Rechtsdomizils oder Einreichung einer schriftlichen Bestätigung über die Gültigkeit des eingetragenen Rechtsdomizils) wiederherzustellen (act. 3, insb. Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Die Verfügung wurde am tt.mm.2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert, unter Hinweis auf den Ablauf der Frist am tt.mm.2023 (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziff. 5; act. 4).

3.2 Nachdem die Frist ungenutzt verstrichen war, ordnete die Vorinstanz mit Urteil vom 20. Juni 2023 die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Wiedikon-Zürich (nachfolgend: Konkursamt) mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und

der Berufungsklägerin auferlegt (act. 6 = act. 12 [Aktenexemplar]). Das Urteil wurde am tt.mm.2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlicht (vgl. act. 12 Dispositiv-Ziff. 5; act. 7). 4.1 Dagegen wendet sich die Berufungsklägerin, vertreten durch B.\_\_\_\_\_ (act. 14), mit Eingabe vom 21. Juli 2023 (act. 13) an das Obergericht mit einem "Gesuch um Fristverlängerung / Fristwiederherstellung" (act. 13 und 15/1-3), welches als sinngemässe Berufung entgegengenommen wurde (act. 17). Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sowie eine Fristverlängerung bzw. Fristwiederherstellung (act. 13 und act. 19). 4.2 Der mit Verfügung vom 26. Juli 2023 (act. 17) auferlegte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 22). Noch vor Eingang des Kostenvorschusses wandten sich sowohl B.\_\_\_\_\_ im Namen der Berufungsklägerin als auch das Konkursamt an die Kammer und erklärten, dass durch den beginnenden Vollzug des Konkurses schwerwiegende Nachteile für die Berufungsklägerin drohten (act. 19). Das Konkursamt ersuchte darüber hinaus um einen Entscheid des Gerichts, in welchem die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels festgestellt werde. Die Vorinstanz habe ihr die Rechtskraft des Konkursdekrets bescheinigt, entsprechend könne es den Vollzug des Konkurses trotz Eingang eines Rechtsmittels nicht aufschieben, auch wenn es gestützt auf die Rechtsprechung der Kammer allenfalls mit einer Aufhebung des Konkursdekretes rechne (act. 19). Unter

- 4 - Hinweis auf einen möglichen Eröffnungsmangel des erstinstanzlichen Entscheids und die unklare Rechtslage hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung einer nicht rechtzeitigen Berufung wurde daraufhin die Vollstreckung des Urteils vom 20. Juni 2023 für die Dauer des Berufungsverfahrens aufgeschoben und das Konkursamt angewiesen, das Konkursverfahren einstweilen nicht fortzusetzen (Verfügung vom 27. Juli 2023, act. 20).

## **E. 5**

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–10). Die Sache ist spruchreif. II. 1. Der angefochtene Entscheid wurde am tt.mm.2023 im SHAB publiziert (act. 7). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann demnach am darauffolgenden Tag zu laufen und endete vor Eingabe der Berufungsschrift am 21. Juli 2023 (Art. 141 Abs. 2 und 142 Abs. 1 ZPO; act. 13). 2. Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist, dass die Publikation des Urteils vom 20. Juni 2023 rechtmässig erfolgte. In Anwendung der Lehre und ständigen Rechtsprechung zur sogenannt doppelrelevanten Tatsache ist an dieser Stelle auf eine eingehende Klärung zu verzichten, weil die Frage der rechtmässigen Publikation nicht nur im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels, sondern auch in materieller Hinsicht bedeutsam ist. Von der Rechtmässigkeit der Publikation des Urteils vom 20. Juni 2023 hängt sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Berufung ab. Eine solche zweifach erhebliche oder doppelt relevante Tatsache wird nur in einer Prüfungsstation untersucht. Die betroffene Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, sofern sie genügend schlüssig behauptet wurde. Die Klärung der entsprechenden rechtlichen Frage erfolgt im Rahmen der materiellen Beurteilung und es wird ein Sachentscheid gefällt (KUKO ZPO-DOMEJ, 3. Aufl. 2021, Art. 60 N 6 f.; BGer, 4A\_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2).

- 5 - III. 1. Die Berufungsklägerin erklärt in der Rechtsmittelschrift, sie habe erst durch Mitteilung des Konkursamtes an die Privatadresse von B.\_\_\_\_\_ über den angeblich bestehenden Organisationsmangel sowie den über sie eröffneten Konkurs Bescheid erhalten. Die Post sei am Firmendomizil an der C.\_\_\_\_\_ -strasse ... nie angekommen, obwohl der Briefkasten deutlich sichtbar und angeschrieben sei. Sie hätten seit dem Jahr

2021 Probleme mit der Zustellung der Post, weshalb sie auch reklamiert hätten (act. 13). Die Berufungsklägerin stellt damit zumindest sinngemäss die Rechtmässigkeit der Zustellung der sie betreffenden Schriftstücke (Verfügung und Urteil) mittels Publikation im SHAB in Frage. 2.1 Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entscheide (vgl. Art. 136 lit. b ZPO) gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Die Zustellung erfolgt 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/ZH). Die Wahl der ordentlichen Zustellungsart liegt im Ermessen des Gerichtes. 2.2 Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung 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 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. 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

- 6 - Entscheides (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 141 N 2; BGE 137 I 195 E. 2.2). 2.3 Von der Unmöglichkeit einer Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO darf in der Regel erst ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind (vgl. KUKO ZPO-WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 141 N 2, BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 3). Gleich wie im Fall von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO ist zudem auch bei lit. b gefordert, dass sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sind (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, a.a.O., Art. 141 N 3; BK ZPO-FREI, Art. 141 N 12; ZK ZPO-Staehelin, a.a.O., Art. 141 N 2). 3.1 Die Domiziladresse der Berufungsklägerin ergibt sich aus dem Eintrag im Handelsregister und ist sodann zumindest gemäss den Abklärungen des Betriebs- und Handelsregisteramtes noch in Betrieb. Die Vorinstanz hat die Verfügung vom 25. Mai 2023 nicht durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO) zuzustellen versucht. Vielmehr liess sie die Verfügung vom 25. Mai 2023 umgehend im SHAB publizieren (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziff. 5). Weiter stellte sie auch das Urteil vom 20. Juni 2023 nur auf dem Ediktalweg, ebenfalls durch Publikation im SHAB, zu (vgl. act. 6 = act. 12 Dispositiv-Ziff. 4). 3.2.1 Indem die Vorinstanz keinen einzigen Versuch der ordentlichen Zustellung im Sinne von Art. 138 Abs. 1 ZPO und § 121 Abs. 1 GOG/ZH unternommen hatte, kam sie den vorstehend wiedergegebenen Anforderungen für eine amtliche Publikation (vgl. Ziff. III.2) nicht nach. Dazu, dass der Versuch der ordentlichen Zustellung von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre, fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten. Aus den beiden gescheiterten Zustellversuchen des Handelsregisteramtes kann jedenfalls noch nicht hinreichend geschlossen werden, dass eine ordentliche Zustellung an die Berufungsklägerin gänzlich unmöglich gewesen wäre. Zumal vorliegend ein angeschriebener Briefkasten offensichtlich vorhanden war, wäre angesichts der

gravierenden Konsequenzen einer Konkursöffnung und einer Vermeidung eines unnötigen Leerlaufs wie dem vor-

- 7 - liegenden zumindest kenntnishaft eine Zustellung per A-Post vorzunehmen gewesen. Es gibt angesichts des vorstehend Ausgeführten jedenfalls keine Hinweise dafür, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an die Berufungsklägerin allgemein- oder gerichtsnotorisch ist bzw. dass die übrigen ordentlichen Zustellungsarten mit konkreten ausserordentlichen Umtrieben verbunden gewesen wären. 3.2.2 Hinzu kommt, dass gerade in Organisationsmängelverfahren – nämlich wenn die Zustellung an die Domiziladresse scheitert – allenfalls eine Zustellung an einen Gesellschafter angezeigt ist, sofern eine diesbezügliche Adresse bekannt bzw. mit 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 Gesellschaft selbst an deren Domiziladresse, sondern bei zumutbarem Aufwand auch an bekannte Gesellschafter versucht. Gemäss Auszug aus der Kantonalen Einwohnerdatenplattform KEP des Kantons Zürich (art. 23) war der Geschäftsführer nach seiner Abmeldung in E.\_\_\_\_\_ im Jahr 2022 zeitweilig in F.\_\_\_\_\_ gemeldet. Damit hätte sich zumindest eine kurze Abklärung einer allenfalls neuen Adresse des Gesellschafters bei der dortigen Gemeinde aufgedrängt. 3.3 Nach dem Gesagten waren die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung nicht erfüllt, weshalb sowohl die Publikation der Verfügung vom 25. Mai 2023 als auch diejenige des Urteils vom 20. Juni 2023 unzulässig war und die beiden Entscheide folglich keine rechtliche Wirkung zu erzeugen vermochten. Ein Prozessrechtsverhältnis wurde nicht begründet und die Berufungsklägerin hatte keine Möglichkeit, sich am vorinstanzlichen Verfahren zu beteiligen. Dadurch wurde ihr rechtliches Gehör verletzt. Der Entscheid vom 20. Juni 2023 leidet damit an einem Mangel und ist aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruches unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Die Sache ist zur erneuten ord-

- 8 - nungsgemässen Zustellung der Verfügung vom 25. Mai 2023 an die Berufungsklägerin im Sinne der obigen Ausführungen und Wiederholung des weiteren Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Angesichts des nun bestehenden Prozessrechtsverhältnisses kann nach Art. 138 Abs. 3 ZPO verfahren werden. 4. Bei diesem Ergebnis erweisen sich die prozessualen Anträge der Berufungsklägerin um Wiederherstellung und Erstreckung der Berufungsfrist als gegenstandslos und sind abzuschreiben. IV. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebühr ausser Ansatz. Eine Entschädigung wird nicht beantragt und würde ohnehin mangels gesetzlicher Grundlage für eine Entschädigungspflicht des Staates ausser Betracht fallen (OFK ZPO-MOHS, 2. Aufl. 2015, Art. 107 N 8; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 107 N 11). Es wird beschlossen:

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