

# ZH\_OBERGERICHT LF240092 vom 16. Oktober 2024

ZH Obergericht, 2024-10-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF240092](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF240092)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF240092 du 16 octobre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LF240092 del 16 ottobre 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (fortan: Berufungsklägerin) war vom tt.mm.2007 bis tt.mm.2024 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt den Gartenbau (Gartengestaltung mit Biotopen, Schwimmteichen), die Erstellung von und den Handel mit Schwimmbädern, Whirlpools, Saunas sowie den Handel mit Aquaristikartikeln und Bürobepflanzungen. Als Domiziladresse der Berufungs- klägerin war die B.\_\_\_\_\_-Strasse ... in C.\_\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen (act. 3/1 und 30; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), zuletzt besucht am: 14. Oktober 2024).

### E. 1.2

Am 13. Dezember 2023 informierte das Steueramt das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (fortan: Handelsregisteramt) darüber, dass es die Berufungs- klägerin an der eingetragenen Domiziladresse nicht erreichen könne (act. 3/2). Die vom Handelsregisteramt daraufhin getätigten Online-Nachforschungen brach- ten keine neuen Domizileinträge hervor (act. 3/3). Mit Schreiben vom 29. Februar 2024 forderte das Handelsregisteramt die Berufungsklägerin auf, den Organisati- onsmangel des fehlenden Rechtsdomizils innert 30 Tagen zu beheben. Das Schreiben konnte der Berufungsklägerin an der im Handelsregister eingetragenen Domiziladresse nicht zugestellt werden (act. 3/5), doch klappte eine Zustellung an die Adresse D.\_\_\_\_\_ ... in E.\_\_\_\_\_ im Kanton Aargau (act. 3/6).

### E. 1.3

In der Folge meldete sich der Gesellschafter F.\_\_\_\_\_ beim Handelsregister- amt und bat dieses verschiedene Mutationen vorzunehmen (vgl. act. 3/7). Mit Schreiben vom 10. April 2024 orientierte das Handelsregisteramt F.\_\_\_\_\_ über die im Handelsregister bereits vorgenommenen Mutationen (Löschung von G.\_\_\_\_\_ und Eintragung von F.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer) und die für die weitere gewünschte Mutation (Löschung von G.\_\_\_\_\_ als Gesellschafterin) noch fehlen- den Unterlagen. Gleichzeitig wies es ihn erneut auf den Organisationsmangel des fehlenden Rechtsdomizils und die Voraussetzungen für eine Verbesserung des Mangels hin (act. 3/7). Die Berufungsklägerin behob den Organisationsmangel auch danach nicht, weshalb das Handelsregisteramt die Angelegenheit mit Ein- gabe vom 27. Mai 2024 in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 ZPO und Art. 153

- 3 - Abs. 3 HRegV dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Pfäffikon überwies (fortan: Vorinstanz; act. 1).

## E. 2

Mit Verfügung vom 5. Juni 2024 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin eine Frist von 30 Tagen an, um den Organisationsmangel zu beheben (act. 4). Die Verfügung wurde an

F.\_\_\_\_\_ versandt und von dessen Mutter am 12. Juni 2024 entgegengenommen (act. 5/1). Die Berufungsklägerin liess die Frist ungenutzt verstreichen. Am 19. August 2024 wandte sich F.\_\_\_\_\_ telefonisch an die Vorinstanz und äusserte den Willen, den Mangel zu beheben. Die Vorinstanz erklärte ihm, die Berufungsklägerin habe die angesetzte Frist verpasst und sie werde die Auflösung der Berufungsklägerin anordnen. Gleichzeitig riet sie ihm, sich zwecks Behebung des Mangels mit dem Handelsregisteramt in Verbindung zu setzen (act. 6). Mit Urteil vom gleichen Tag ordnete die Vorinstanz die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Illnau mit dem Vollzug (Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die Gerichtskosten setzte die Vorinstanz auf Fr. 2'000.■ fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (Dispositiv-Ziffer 3; act. 7 = act. 13 [Aktenexemplar] = act. 15). Das Urteil wurde F.\_\_\_\_\_ am 28. August 2024 zugestellt (act. 9/2).

### **E. 3.1**

Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 19. August 2024 erhob die Berufungsklägerin mit elektronisch eingereicherter Eingabe vom 9. September 2024 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 14 S. 2).

### **E. 3.2**

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1- 12). Im Nachgang zum Aktenbeizug überwies die Vorinstanz der Kammer ein Schreiben des Handelsregisteramts vom 17. September 2024 (act. 12). Darin teilte das Amt mit, das Handelsregisteramt Aargau habe ihm am 16. September 2024 die Sitzverlegung der Berufungsklägerin nach E.\_\_\_\_\_ AG gemeldet. Gestützt darauf könne es nun die Löschung im Handelsregister des Kantons Zürich infolge Verlegung des Sitzes in den Kanton Aargau vornehmen. Es ersuche um Mitteilung, ob aus Sicht der Vorinstanz die Eintragung in das Handelsregister vorgenommen werden könne (act. 12). Am 3. Oktober 2024 richtete die Kammer dem Handelsregisteramt aus, das Berufungsverfahren stünde einer Eintragung bei gegebenen Voraussetzungen nicht im Wege (act. 27).

### **E. 3.3**

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2024 berichtete die Berufungsklägerin, die Eintragung des neuen Domizils werde gemäss telefonischer Auskunft des Handelsregisteramtes Aargau am tt.mm.2024 publiziert (act. 28). Am tt.mm.2024 wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert, dass die Berufungsklägerin infolge Verlegung des Sitzes nach E.\_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen und im Handelsregister des Kantons Zürich gelöscht worden sei. Als Domiziladresse der Berufungsklägerin sei neu D.\_\_\_\_\_ ... in E.\_\_\_\_\_ eingetragen worden (www.shab.ch; zuletzt besucht am: 14. Oktober 2024). Mit Eingabe vom 9. Oktober 2024 reichte die Berufungsklägerin einen aktuellen Handelsregisterauszug ein (act. 29 f.).

### **E. 4.1**

Angefochten ist ein im summarischen Verfahren ergangener Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV/2 mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2). Gegen solche Entscheide ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zu-

- 5 - letzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Im Organisationsmängelverfahren ist der Streitwert nach der Praxis der Kammer pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekanntem) Wert aus den drei relevanten Kenngrößen von (i) nominellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiven (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV.4). Vorliegend beläuft sich bereits das Stammkapital der Berufungsklägerin gemäss Handelsregisterauszug auf Fr. 20'000.■ (act. 3/1). Der für die Berufung erforderliche Streitwert ist somit ohne Weiteres gegeben (vgl. zum konkreten Streitwert nachfolgende E. 8.2).

#### **E. 4.2**

Die Berufung wurde innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist (Art. 314 ZPO) eingereicht (vgl. act. 9/2; Art. 142 Abs. 3 ZPO) und der Mangel der ungenügenden Unterschrift innert der angesetzten Nachfrist behoben (vgl. E. 3.1). Der angeforderte Kostenvorschuss wurde geleistet (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Auch die übrigen von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen erweisen sich als erfüllt (Art. 59 f. ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten.

#### **E. 4.3**

Gemäss Art. 310 ZPO können mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Neue Tatsachen und Beweismittel (sog. Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Letztere Einschränkung gilt auch für Potestativ-Noven, d.h. Noven, deren Entstehung vom Willen der Partei abhängt (BGE 146 III 416 E. 5.3; BGer 5D\_149/2023 vom 8. Dezember 2023 E. 5.1; BGer 4A\_204/2021 vom

#### **E. 7**

Juni 2021 E. 3.1). 5. 5.1. Die Berufungsklägerin rügt zunächst, die Fristansetzung zur Behebung des Mangels durch die Vorinstanz hätte nicht in der Form einer prozessleitenden Verfügung, sondern zwingend in der Form eines Entscheides oder Urteils erfolgen müssen. Art. 731b Abs. 1bis OR sehe nicht vor, dass im gleichen Verfahren zu-

- 6 - nächst eine und im späteren Verlauf eine andere Massnahme desselben Absatzes angeordnet werden könne. Die Rechtmässigkeit der Feststellung des Organisationsmangels und der angeordneten Massnahme nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR müsse die betroffene Partei in einem Berufungsverfahren prüfen können. Diese Möglichkeit habe ihr die Vorinstanz verwehrt (act. 14 N 9-11). 5.2. Die einschlägigen Gesetzesbestimmungen lauten wie folgt: Stellt das Handelsregisteramt Mängel fest in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation von im Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, nicht der Aufsicht unterstellten Stiftungen oder Zweigniederlassungen mit Hauptniederlassung im Ausland, so fordert es die betreffende Rechtseinheit auf, den Mangel zu beheben, und setzt ihr dazu eine Frist an (Art. 939 Abs. 1 OR). Wird der Organisationsmangel nicht innerhalb der Frist behoben, so überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (Art. 939 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 731b Abs. 1bis OR kann das Gericht insbesondere: (1.) der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; (2.) das

fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen; (3.) die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen. 5.3. Mit Blick auf den Gesetzeswortlaut überzeugt die Argumentation der Berufungsklägerin nicht. Art. 939 Abs. 2 OR weist das Gericht an, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Das Gesetz spricht mithin von Massnahmen im Plural. Es bringt damit klar zum Ausdruck, dass falls erforderlich auch mehrere Massnahmen angeordnet werden müssen. Nichts anderes ergibt sich aus der Formulierung von Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR. Dass das Gericht der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung Frist zur Behebung des Organisationsmangels ansetzen kann, ergibt nur dann Sinn, wenn das Gericht bei unbenutzten Ablauf der Frist im gleichen Verfahren auch befugt ist, die Auflösung der Gesellschaft anzuordnen. 5.4. Ebenso wenig trifft es zu, dass die Vorinstanz der Berufungsklägerin durch die Fristansetzung in der Form einer "Verfügung" eine selbständige Anfechtung

- 7 - der Massnahme nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR verwehrt hat. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein gerichtlicher Entscheid selbständig angefochten werden kann, hängt nicht von seiner Bezeichnung (vgl. dazu § 135 GOG; TANNER, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, 2020, N 21.1), sondern von seiner rechtlichen Qualifikation ab (vgl. Art. 308 Abs. 1 und Art. 319 lit. a und b ZPO). Auf die Qualifikation des Entscheiders hat die Vorinstanz keinen Einfluss. Wie die Fristansetzung i.S.v. Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR zu qualifizieren ist, kann vorliegend offen bleiben. Die Berufungsklägerin stört sich nur an der Gestalt, nicht aber am Inhalt der Verfügung vom 5. Juni 2024. Sie bringt jedenfalls keine inhaltlichen Argumente gegen die besagte Verfügung vor. Ob sie die Verfügung vom 5. Juni 2024 selbständig hätte anfechten können und müssen, ist damit ohne praktische Bedeutung für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens. 6. 6.1. Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, die Vorinstanz habe das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Die Auflösung der Gesellschaft dürfe als ultima ratio erst angeordnet werden, wenn sich mildere Mittel als nicht sachgerecht bzw. zielführend erwiesen hätten. Nach der Rechtsprechung und Lehre sei die Auflösung einer im Aussenverkehr handlungsfähigen und grundsätzlich funktionierenden sowie finanziell gesunden Gesellschaft unverhältnismässig. Sie, die Berufungsklägerin, sei während des gesamten Verfahrens nach aussen hin handlungsfähig gewesen. Ihre Organe seien eingetragen und nähmen ihre Funktion wahr. Sämtliche Schreiben hätten ihr zugestellt werden können. Sie habe keine Schulden und sei finanziell kerngesund. Die Vorinstanz hätte daher vor der Anordnung der Auflösung der Gesellschaft andere, mildere Massnahmen prüfen müssen. Die Behebung des Organisationsmangels sei, wie sich nunmehr gezeigt habe, durchaus möglich gewesen und zuvor bloss an Formalien gescheitert. Die Einsetzung eines Sachwalters wäre deshalb geeignet gewesen, um den Organisationsmangel zu beheben. Zudem sei der Hinweis auf die Konsequenzen bei unbenutztem Ablauf der Frist zur Behebung des Organisationsmangels unklar gewesen. Die Vorinstanz habe bei der Androhung der Auflösung der Gesellschaft den Konjunktiv verwendet, was für juristische Laien auf eine blosser Möglichkeit hin-

- 8 - weise. Der vorinstanzliche Auflösungsentscheid sei auch aus diesem Grund unverhältnismässig (act. 14 N 12-16). 6.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stehen die in Art. 731b Abs. 1bis OR genannten Massnahmen in einem Stufenverhältnis. Das Gericht soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziffer 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziffer 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des

rechtmässigen Zustands) und Ziffer 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip: Die Auflösung der Gesellschaft kommt erst als ultima ratio zum Zuge. Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BGE 141 III 43 E. 2.6; BGE 138 III 407 E. 2.4). 6.3. Vorliegend konnte der Berufungsklägerin die Verfügung vom 5. Juni 2024 zwar zugestellt werden (act. 5/1), die Berufungsklägerin liess sich innert der angesetzten Frist zur Behebung des Organisationsmangels jedoch nicht vernehmen. Sie liess die Frist ungenutzt verstreichen und meldete sich erst nach Ablauf der Frist telefonisch bei der Vorinstanz (act. 6). Die Berufungsklägerin machte damit alles andere als den Eindruck einer grundsätzlich funktionierenden Gesellschaft. Mangels einer Stellungnahme der Berufungsklägerin konnte die Vorinstanz auch nicht wissen, weshalb die Behebung des Organisationsmangels bisher ausgeblieben war und ob die Einsetzung eines Sachwalters zielführend sein könnte. Die Behauptungen, die Sitzverlegung sei an Formalien und fehlender fachkundiger Unterstützung ihres Geschäftsführers gescheitert, bringt die Berufungsklägerin erstmals im Berufungsverfahren vor. Das Gleiche gilt für die Behauptungen, sie sei finanziell kerngesund und es seien keine Interessen von Dritten gefährdet. Es wäre der Berufungsklägerin ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, diese Behauptungen bereits vor Vorinstanz vorzutragen und zumindest sinngemäss einen Antrag auf richterliche Ernennung eines Sachwalters zu stellen. Im vorliegenden Verfahren stellen diese Behauptungen unzulässige Noven dar (vgl. vorstehende E. 4.3).

- 9 - 6.4. Bei den durch das Handelsregisteramt eingeleiteten einseitigen Organisationsmängelverfahren handelt es sich um Massengeschäfte (BERGER/ RÜETSCHI/ ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, in: Reprax 1/2012, S. 1 ff., S. 2; DOMENIG/GÜR, Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021 S. 168 ff., S. 168). Angesichts der Vielzahl von solchen Verfahren kann vom Gericht nicht verlangt werden, dass es von sich aus in jedem einzelnen Fall nach den Hintergründen des Organisationsmangels forscht (vgl. OGer ZH LF220097 vom 23. Dezember 2022 E. III.1). Lassen die Gesellschaft und deren Inhaber ■ wie vorliegend ■ jede Mitwirkung vermissen, ist die Anordnung der Auflösung der Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht zu beanstanden. Wie die Berufungsklägerin selbst vorträgt, musste ihr Geschäftsführer aufgrund der Androhung in der Verfügung vom 5. Juni 2024 zumindest mit der Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft im Säumnisfall rechnen. Dass er aufgrund der Verwendung des Konjunktivs "würde" (anstatt des für eine reale Bedingung gebräuchlichen Präsens "wird") angeblich auf eine mildere Massnahme hoffte, macht den angefochtenen Entscheid nicht unverhältnismässig (vgl. act. 4 S. 2 Dispo.-Ziff. 1).

## **E. 7.1**

Allerdings wurde der Organisationsmangel mittlerweile behoben: Die Sitzverlegung und das neue Rechtsdomizil der Berufungsklägerin wurden im Handelsregister eingetragen. Die Eintragungen wurden am tt.mm.2024 im SHAB veröffentlicht (vgl. E. 3.3). Das Bundesgericht behandelt Eintragungen im Handelsregister mit deren Veröffentlichung im SHAB als notorisch. Sie können dementsprechend von Amtes wegen berücksichtigt werden (BGE 139 III 293 E. 3.3; BGer 4A\_639/2023 vom 3. April 2024 E. 2.2; BGer 5C.219/2006 vom 16. April 2007 E. 3.4). Aufgrund der Notorietät von Eintragungen im

Handelsregister kann die in- zwischen erfolgte Behebung des Mangels im Berufungsverfahren somit berück- sichtigt werden, auch wenn die ihr zugrundeliegenden Anmeldungen, Erklärungen und Unterlagen (vgl. act. 17/3-7) Potestativ-Novellen darstellen, welche bei zumut- barer Sorgfalt bereits früher hätten geschaffen werden können. Eine Berücksichti- gung der notorischen Behebung des Organisationsmangels ist auch aus prakti-

- 10 - schen Gründen angezeigt: Beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Eine in ih- ren Interessen betroffene Gegenpartei ist nicht vorhanden. Nach Wiederherstel- lung des rechtmässigen Zustands besteht auch seitens der Öffentlichkeit oder der Gläubiger der Berufungsklägerin kein Interesse mehr an einer Auflösung dersel- ben nach den Vorschriften des Konkurses. Auch aus ökonomischer Sicht er- scheint eine Auflösung unter diesen Umständen nicht mehr sinnvoll (vgl. OGer ZH LF210077 vom 18. November 2021 E. 2.5).

### **E. 7.2**

Unter Berücksichtigung der Sitzverlegung und des neuen gültigen Rechtsdo- mizils sind aus heutiger Sicht die Voraussetzungen für eine gerichtliche Auflösung der Berufungsklägerin und eine Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses gestützt auf Art. 731b Abs. 1bis OR nicht mehr gegeben. Insbesondere erscheint diese sehr einschneidende und nur als ultima ratio vorgesehene Massnahme un- ter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Behebung des Organisationsmangels nicht mehr verhältnismässig.

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