

ZH_OBERGERICHT PF230064 vom 8. April 2024

ZH Obergericht, 2024-04-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF230064

FR: ZH_OBERGERICHT PF230064 du 8 avril 2024

IT: ZH_OBERGERICHT PF230064 del 8 aprile 2024

Erwägungen

E. 1.1

Bei der Berufungsklägerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Sie bezweckt den Handel mit Gütern des täglichen Bedarfs, insbesondere Lebensmitteln, den Transport und die Lagerung solcher Güter, das Betreiben eines Onlineportals sowie alle Dienstleistungen, die damit in Zusammenhang stehen, insbesondere auch die Entwicklung von Software, Webseiten und Marketingprodukten (act. 29). Als Domiziladresse ist im Handelsregister die Adresse "B.____-strasse 1, C.____" eingetragen. D.____ ist der Gesellschafter und Geschäftsführer der Berufungsklägerin (a.a.O.).

E. 1.2

Mit Schreiben vom 13. März 2023 teilte das Handelsregisteramt des Kantons Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (fortan Vorinstanz) mit, die Berufungsklägerin weise einen Mangel in der gesetzlich zwingenden Organisation auf, weil sie am eingetragenen Rechtsdomizil nicht mehr erreicht werden könne. Die Berufungsklägerin habe die angesetzte Frist zur Beseitigung des Mangels ungenutzt verstreichen lassen (act. 1). Die Vorinstanz verfügte daraufhin am 30. März 2023, der Berufungsklägerin werde eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um den rechtmässigen Zustand herzustellen oder konkret zureichende Gründe darzulegen, welche gegen die Vorbringen des Handelsregisteramts sprechen würden. Die Berufungsklägerin wurde weiter darauf hingewiesen, wie sie den rechtmässigen Zustand herstellen könne. Schliesslich wurde ihr angedroht, dass bei Säumnis, ungenügendem Nachweis oder unbehilflichen Einwendungen die Liquidation der Gesellschaft nach den Konkursregeln durch ein Urteil des Gerichts angeordnet würde (act. 3). Diese Verfügung wurde am tt.mm.2023 im SHAB amtlich publiziert (act. 5). Mit Urteil vom 17. Mai 2023 erkannte die Vorinstanz, die Berufungsklägerin werde aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet. Das Konkursamt Thalwil wurde mit dem Vollzug beauftragt. Begründet wurde dieser Entscheid damit, dass die Berufungsklägerin die Frist zur Be-

- 3 -
bung des Mangels ungenutzt habe verstreichen lassen (act. 7). Dieses Urteil wurde am tt.mm.2023 im SHAB amtlich publiziert (act. 9/1). Im Juni 2023 rief der Geschäftsführer der Berufungsklägerin bei der Vorinstanz an und teilte mit, er habe vom Notar erfahren, dass ein Konkursverfahren eröffnet worden sei. Die Vorinstanz wies ihn darauf hin, dass das Urteil amtlich publiziert worden sei (act. 1/12). Mit Datum vom 15. Juni 2023 (Datum Poststempel) verfasste der Geschäftsführer der Berufungsklägerin einen "Antrag auf Verlängerung der Fristerstreckung und oder Revidierung des Entscheids [...]". Darin legte er sinngemäss dar, er habe vom Notariat erfahren, dass die Berufungsklägerin mangels eines Domizils nach den Regeln des Konkurses aufgelöst werden soll. Von der Vorinstanz habe er kein Schreiben erhalten. Bei der Gründung der Berufungsklägerin sei der Lagerstandort

als Firmendomizil angegeben worden, wobei der Mietvertrag nicht auf die Berufungsklägerin gelautet habe. Er sei aber zuversichtlich gewesen, dass der bestehende Mietvertrag auf die Berufungsklägerin übertragen werden könne. Die Entwicklung der App habe viel länger gedauert als geplant. In der Zwischenzeit habe sich die Eigentümerschaft des Domizils geändert und der Antrag auf Vertragsänderung sei abgelehnt worden. Deshalb sei es nicht möglich gewesen, die Berufungsklägerin zu erreichen. Er (der Geschäftsführer) habe keine Zeit gehabt, sich um administrative Pflichten zu kümmern, da er sich neben der Programmierung auch um seine Mutter und seinen Vater bzw. deren Gewerbe kümmern müssen (act. 13). Mit Schreiben vom 20. Juli 2023 (Datum Poststempel vom 29. Juli 2023) bat der Geschäftsführer der Berufungsklägerin erneut um eine "Fristverlängerung zwecks Behebung von Unternehmensmängeln" bis 31. Juli 2023 (act. 14). Daraufhin rief die Vorinstanz den Geschäftsführer der Berufungsklägerin am 8. August 2023 an und teilte ihm mit, dass in der Sache bereits ein Urteil ergangen sei und keine Frist mehr laufe, die verlängert werden könne (act. 15). Am 21. August 2023 rief der Buchhalter der Berufungsklägerin bei der Vorinstanz an und erkundigt sich ebenfalls, ob es eine Möglichkeit zur Erstre- ckung der Frist für die Mängelbehebung gebe. Die Vorinstanz erklärte ihm, es sei

- 4 - bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen, er solle sich evtl. beim Handelsregis- teramt melden und dort nach dem möglichen weiteren Vorgehen fragen (act. 16). Mit Schreiben vom 25. August 2023 wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Berufungsklägerin darauf hin, dass eine Statutenänderung möglich sei, die Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit jedoch bedinge, dass die Vorinstanz ihr Urteil aufhebe. Dazu müsse ein Gesuch zur Fristwiederherstellung eingereicht werden (act. 18/1). Daraufhin meldete der Geschäftsführer die Beru- fungsklägerin erneut zur Eintragung im Handelsregister an (act. 18/2) und legte einen notariell beglaubigten Beschluss der Gesellschafterversammlung betreffend die Sitzverlegung von C._____ nach E._____ sowie die geänderten Statuten bei (act. 18/3 und 4). Mit Schreiben vom 13. September 2023 stellte der Geschäfts- führer der Berufungsklägerin bei der Vorinstanz sodann einen Antrag auf Fristwie- derherstellung. Die notwendigen Probleme seien alle behoben und das Handels- register warte nur noch auf die Anordnung des Gerichts (act. 17). Mit Verfügung vom 10. November 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch um Wiederherstellung der Frist ab. Sie begründete den Entscheid damit, die Hin- derungsgründe seien nicht hinreichend dargetan. Aus dem Gesuch gehe nicht hervor, weshalb es der Berufungsklägerin unverschuldet bzw. nur leicht verschul- det unmöglich gewesen sei, die Frist zu wahren (act. 21 = act. 25). Diese Verfü- gung wurde der Berufungsklägerin mit Gerichtsurkunde an die Adresse in C._____ zugestellt, jedoch mit dem Hinweis "Empfänger konnte unter angegebe- ner Adresse nicht ermittelt werden" wieder retourniert (act. 22).

E. 1.3

Gegen diese Verfügung erhob der Geschäftsführer der Berufungsklägerin mit Schreiben vom 21. November 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde (act. 26). Darin macht er geltend, trotz seines Schreibens vom 15. Juni 2023 sei er von der Vorinstanz nicht über die notwendigen Schritte informiert worden. Als juristischer Laie fehle ihm die Kenntnis über das erforderliche Vorgehen. Es habe Missverständnisse in der Kommunikation mit der Vorinstanz gegeben. Die Vorin- stanz habe zudem die Verfügung irrtümlich an die alte Adresse der Berufungsklä- gerin gesendet, obwohl sie eine notariell beglaubigte Bestätigung über die Sitz- verlegung nach E._____ in den Akten gehabt habe. Die dadurch

verursachte Un-

- 5 - zustellbarkeit und das Ausbleiben alternativer Benachrichtigungswege hätten zu weiteren Fristversäumnissen geführt. Im August 2023 habe er bei der Vorinstanz einen Antrag auf Fristverlängerung eingereicht und darauf hingewiesen, dass alle organisatorischen Mängel behoben seien. Weiter erläutert der Geschäftsführer der Berufungsklägerin, er arbeite seit zwei Jahren intensiv an einem APP-Projekt. Die Gründung der Berufungsklägerin sei erforderlich gewesen, um von F._____ AG Testkonten für Zahlungsdienste zu erhalten. Nun stehe die Fertigstellung der Entwicklung bevor und er plane, Anfang 2024 mit dem Launch online zu gehen. Das Projekt sei seit über zehn Jahren ein Traum von ihm. Er erkenne seine Fehler an und bitte darum, weder den Namen der Gesellschaft noch seinen mit einer Konkurseröffnung zu belasten (act. 26).

E. 1.4

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-23). Auf weitere prozessleitende Schritte ist zu verzichten. Das Verfahren ist spruchreif.

E. 2.1

Vorab ist zu prüfen, ob auf das Rechtsmittel eingetreten werden kann. Gemäss Art. 149 ZPO entscheidet das Gericht über ein Fristwiederherstellungsgesuch endgültig. Dies bedeutet, dass nach dem Wortlaut der ZPO grundsätzlich kein Rechtsmittel erhoben werden kann. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos: Der Ausschluss des Rechtsmittels gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowie Praxis der Kammer nur dann, wenn die Wiederherstellung einer Frist durch einen prozessleitenden Entscheid während des laufenden Verfahrens verweigert wurde. Dann ist die Verweigerung zusammen mit dem späteren (Sach-)Entscheid anfechtbar. Erfolgte der Entscheid betreffend Wiederherstellung jedoch erst nach dem Endentscheid und hat die Verweigerung der Wiederherstellung den definitiven Verlust der Klage oder eines Angriffsmittels zur Folge, so ist sie direkt und selbständig anfechtbar (vgl. BGE 139 III 478 E. 6, OGer ZH NG110010 vom

E. 2.2

Wird die Wiederherstellung einer Frist nach Erlass eines Endentscheids abgelehnt, so steht dagegen je nach Streitwert die Berufung oder Beschwerde offen (BGE 139 III 478 E. 6.3 = Pra 103 [2014] Nr. 46; ZR 110 [2011] Nr. 91 S. 275 ff.; ZR 111 [2012] Nr. 105 289 ff, 291; OFK ZPO-Jenny/Jenny, 2. Aufl. 2015, Art. 149 N 2; KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny/Brunner, 3. Aufl. 2021, Art. 149 N 5; Merz, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 149 N 8 f.). Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Beim Begehren um Organisationsmängelbehebung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV/2. mit Verweis auf LF110011 vom 14. Februar 2011 E. 3.2). Weil in einem Organisationsmängelverfahren in jedem Fall – aufgrund der geltenden Offizialmaxime unabhängig von den konkreten Anträgen der Parteien – die Auflösung der mit dem Organisationsmangel behafteten juristischen Person droht, ist der Streitwert im Grundsatz stets nach Massgabe des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu berechnen (vgl. OGer ZH LF110011 vom 14. Februar 2011; ZR 110/2011 Nr. 30 E. 3.3.1; DIKE Komm ZPO-Diggelmann, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 54; Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 412 ff.). Der konkrete Streitwert ist

pauschalisiert zu bestimmen, nämlich nach dem jeweils höchsten (bekanntesten) Wert aus den drei relevanten Kenngrössen von (i) nominellem Grundkapital, (ii) tatsächlichem Jahresumsatz und (iii) tatsächlich vorhandenen Aktiva (OGer ZH LF200049 vom 11. Dezember 2020 E. IV./4.). In Bezug auf die Berufungsklägerin ist einzig das Stammkapital in der Höhe von Fr. 20'000.00 bekannt (act. 29).

- 7 - Nach Praxis der Kammer werden unrichtig bezeichnete Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen versehen und nach den zutreffenden Vorschriften der ZPO behandelt (vgl. dazu OGer ZH PF110004 vom 9. März 2011 Erw. 5.2 und NQ110026/U vom 23. Juni 2011). Damit ist der dafür erforderliche Streitwert gegeben und das vorliegende Rechtsmittel somit als Berufung entgegenzunehmen.

E. 2.3

Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). 3. 3.1. Die Wiederherstellung einer Rechtsmittelfrist kommt nur in Frage, wenn der anzufechtende Entscheid rechtsgültig eröffnet und damit die Rechtsmittelfrist überhaupt erst ausgelöst wurde (vgl. OGer ZH LF210058 vom 11. September 2021, E. 2.3). Vorliegend stellt sich deshalb die Frage, ob das Urteil der Vorinstanz vom 17. Mai 2023 der Berufungsklägerin rechtsgültig eröffnet wurde bzw. ob die Voraussetzungen für die öffentliche Bekanntmachung vorlagen (vgl. auch OGer ZH LF230049 vom 3. August 2023, E. II.). Eine mangelhafte Eröffnung führt laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zumindest dann zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils, wenn die Berufungsklägerin keine Kenntnis vom Verfahren bzw. keine Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen und sich vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils zu äussern (vgl. BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021, E. 3.3 m.w.H.). 3.2. Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie gilt als erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindes-

- 8 - tens 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 berechnete 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

E. 7

Oktober 2011, OGer ZH RU120046 vom 15. Oktober 2012, OGer ZH PS160231 vom 19. Dezember 2016 E. 3.1.1.).

- 6 - Vorliegend erging am 17. Mai 2023 der Endentscheid, nämlich das Urteil betreffend Auflösung der Berufungsklägerin und deren Liquidation nach den Regeln des Konkurses.

Die danach ergangene Verfügung vom 10. November 2023 betreffend die Fristwiederherstellung kann folglich direkt angefochten werden. Auf das ergriffene Rechtsmittel wäre grundsätzlich einzutreten.

E. 12

Juli 2012 E. 3.4 m.w.H. und auch ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5). Die Zustellung wird am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch fingiert, wenn der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a ZPO). Als Zustellung "auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung" im Sinne von Art. 138 Abs. 1 ZPO kommen im Kanton Zürich insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (vgl. § 121 Abs. 1 GOG/ZH). 3.3. Darüber hinaus 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 (Art. 141 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung gilt dann als am Tag der Publikation erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). 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

- 9 - von einer Unmöglichkeit der Zustellung erst ausgegangen werden, wenn drei formelle Zustellversuche auf zwei verschiedenen Wegen erfolglos geblieben sind. Ist der Empfänger unter einer bekannten Adresse nicht (mehr) ermittelbar, müssen zudem sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sein (bspw. bei den nächsten Angehörigen, bei zivilen und militärischen Behörden, bei der Polizei, beim Postamt, etc., BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 2 f.; vgl. für Verfahren betr. Organisationsmängel OGer ZH LF220104 vom 30. Januar 2023, E. 3.3.2; LF220095 vom 29. November 2022, E. 3.3; LF220026 vom 12. April 2022, E. 3.2; LF210058 vom 11. September 2021, E. II./2.3; siehe auch OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020, E. 4.2; PS190145 vom 23. September 2019, E. 6.a; PF190001 vom

E. 14

Februar 2019, E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 5a und c; je m.w.H.). Eine Berufung auf die Ergebnislosigkeit von Aufenthalts- und Adressnachforschungen in früheren Verfahren ist unzulässig. Erst wenn diesbezüglich neue Recherchen getätigt wurden, die ebenfalls ohne Erfolg verlaufen sind, darf die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (sog. Ediktalzustellung) erfolgen (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 2 f. m.w.H.). 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 (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.2 und BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1 f. mit zahlreichen Hinweisen). 3.4. Die Vorinstanz forderte die Berufungsklägerin mit Verfügung vom 30. März 2023 auf, den

Organisationsmangel zu beseitigen. Sie publizierte diese Verfügung ohne weitere Abklärungen direkt am tt.mm.2023 im SHAB. Genauso ist sie mit dem Urteil vom 17. Mai 2023 verfahren (vgl. E. 1.2.). Dass die Vorinstanz vor der öffentlichen Bekanntmachung des Urteils weitere Zustellungen im Sinne der erwähnten Praxis versucht oder sonstige Nachforschungen getätigt hätte, ist nicht aktenkundig. Die Voraussetzungen der öffentlichen Bekanntmachung nach Art. 141 Abs. 1 ZPO, zu welchen nur als letztes Mittel gegriffen werden darf, waren deshalb nicht erfüllt.

- 10 - 3.5. Damit hatte die Berufungsklägerin von der vorinstanzlichen Verfahrenseröffnung mangels Zustellung der Verfügung vom 30. März 2023 keine Kenntnis und somit auch keine Gelegenheit, am gegen sie laufenden Verfahren teilzunehmen. Hinweise darauf, dass die Berufungsklägerin auf anderem Weg vom Organisationsmängelverfahren Kenntnis gehabt hätte, gibt es keine. Entsprechend leidet das vorinstanzliche Urteil an einem schweren formellen Mangel, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann. Das vorinstanzliche Urteil vom 17. Mai 2023 ist nichtig, was vorliegend von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.3). Die Vorinstanz hat das Verfahren nochmals durchzuführen. 3.6. Weitere Ausführungen zum Fristwiederherstellungsgesuch erübrigen sich damit. Die Berufung gegen die Verfügung vom 10. November 2023 ist abzuschreiben. 4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebür ausser Ansatz. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen. Es wird erkannt:

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