

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00096 vom 12. Dezember 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-12-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00096](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00096)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00096 du 12 décembre 2011

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00096 del 12 dicembre 2011

## Regeste

Verlust des Rechtsdomizils (Wiederaufnahme von VB.2010.00392) | (Wiederaufnahme von VB.2010.00392, nachdem das Bundesgericht eine Beschwerde des Bundesamts für Justiz gutgeheissen hat). Die Auflösung einer GmbH hat einen Fr. 30'000.- übersteigenden Streitwert (E. 1.4). Die Verfügung der Justizdirektion, die als erste Rechtsmittelinstanz tätig geworden war, ist mangels Zuständigkeit nichtig (E. 2). Der Beschwerdegegner durfte davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin 2 ihr Rechtsdomizil verloren hatte. Die Auflösungsverfügung erweist sich deshalb als rechtmässig (E. 3.1-3). Die dem Beschwerdeführer 3 auferlegte Busse von Fr. 400.- "wegen Nichtgenügens der Anmeldepflicht" ist rechtmässig (E. 3.4). Neben den in der Handelsregistergebührenverordnung vorgesehenen Gebühren besteht in Handelsregistersachen kein Raum für kantonale Gebühren, die über die Auflage tatsächlich angefallener Auslagen hinausgehen (E. 4). Betreffend Gebühr für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist das kantonale Recht anzuwenden (E. 5.1). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2012.00096 VB.2012.00104 Urteil der 4. Kammer vom 7. März 2012  
Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer. In Sachen 1. Bundesamt für Justiz, 2. X GmbH, 3. A, Beschwerdeführende, gegen Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Verlust des Rechtsdomizils (Wiederaufnahme von VB.2010.00392) hat sich ergeben: I. Die X GmbH wurde anfangs 2009 zufolge Sitzverlegung ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, verzeichnet seither eine Adresse in Z und weist ein Stammkapital von Fr. 20'000.- auf; ihr einziger Geschäftsführer mit 19 Stammanteilen zu je Fr. 1'000.- ist A. In Anwendung von Art. 153 Abs. 3 (in der bis Ende 2011 geltenden Fassung) der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; AS 2007, 4851 ff., 4921 f.) verfügte das Handelsregisteramt am 2. März 2010 im Wesentlichen, (1) die X GmbH von Amtes wegen aufzulösen, (2) nach Eintritt der Rechtskraft dies mit dem Gesellschaftszusatz "in Liquidation" sowie A als Liquidator ins Handelsregister einzutragen, (3) die Gebühren von total Fr. 426.- A aufzuerlegen und (4) diesen "[w]egen Nichtgenügens der Anmeldepflicht" mit einer Ordnungsbusse von Fr. 400.- zu belegen; sodann wies es darauf hin, die Auflösung lasse sich widerrufen, wenn innerhalb dreier Monate nach ihrer Eintragung der gesetzliche Zustand wiederhergestellt werde, und nannte schliesslich als Rechtsmittel den Rekurs bei der Direktion der Justiz und des Innern (hinfort:

Justizdirektion) sowie als Mitteilungsempfänger A und das Eidgenössische Amt für das Handelsregister. II. Am 11./18. März 2010 wurde dagegen am angegebenen Ort rekuriert, und zwar unter der X GmbH als Absender sowie mit der Schlussformel "Mit freundlichen Grüßen – X GmbH – Geschäftsführer – A [samt dessen Unterschrift]". Mit Verfügung vom 16. Juni 2010, die als Rekurrenten (einzig) A aufführte, wies die Justizdirektion das Rechtsmittel ab, auferlegte ihre Verfahrenskosten von total Fr. 715.- A und gab als Weiterzugsmöglichkeit die Beschwerde beim Verwaltungsgericht an. Dieser Entscheid wurde wunschgemäss dem Bundesamt für Justiz eröffnet, und zwar am 28. Juni 2010, sowie am 6. Juli 2010 auch A, nicht aber etwa der X GmbH. III. A. Das Bundesamt für Justiz führte am 27. Juli 2010 Beschwerde mit dem Antrag, das Verwaltungsgericht habe die Verfügung der Justizdirektion aufzuheben und selber zu entscheiden, eventualiter die Angelegenheit zur weiteren Abklärung an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich zurückzuweisen; es bestritt in erster Linie die sachliche Zuständigkeit der Justizdirektion, bemängelte jedoch – was Letztere hierauf verkannte – deren Verfügung wie die Anordnung des Handelsregisteramts auch inhaltlich. Weitere Rechtsmittel gingen in diesem Fall nicht ein. Das Verwaltungsgericht legte das Verfahren unter der Bezeichnung VB.2010.00392 an und rubrizierte die X GmbH und A als Mitbeteiligte des Bundesamts für Justiz; ihnen beiden an je selbst gewählter Adresse dessen Beschwerde zuzustellen, scheiterte aber trotz wiederholtem Versuch am Nichtabholen der Postsendungen. Während das Handelsregisteramt des Kantons Zürich stillschweigend darauf verzichtete, die Beschwerde zu beantworten, liess sich die Justizdirektion am 9./16. August 2010 mit dem Schluss vernehmen, das Rechtsmittel sei nicht an die Hand zu nehmen oder sonst abzuweisen. Mit Beschluss vom 1. Juni 2011 trat die Kammer mit der Begründung fehlender Beschwerdelegitimation des Bundesamtes für Justiz auf die Beschwerde nicht ein. B. Das Bundesgericht hiess eine dagegen vom Bundesamt für Justiz erhobene Beschwerde in Zivilsachen mit Urteil vom 12. Dezember 2011 gut, hob den Beschluss vom 1. Juni 2011 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung ans Verwaltungsgericht zurück (4A\_425/2011). C. Das Bundesgerichtsurteil traf mit Begründung am 15. Februar 2012 beim Verwaltungsgericht ein. Dieses eröffnete hierauf das vorliegende Geschäft VB.2012.00096 und zog den eigenen Entscheid vom 1. Juni 2011 sowie die vom Bundesgericht zurückerhaltenen bisherigen Dokumente bei. Weil – wie sich zeigen wird – die Beschwerde des Bundeamtes für Justiz gutzuheissen ist, wurde zugleich der ursprüngliche Rekurs von A und der X GmbH als Beschwerde ans Verwaltungsgericht entgegengenommen und als Geschäft VB.2012.00104 angelegt. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Im Sinn der bundesgerichtlichen Anweisung ist das Verfahren VB.2010.00392 als Geschäft VB.2012.00096 wieder aufzunehmen. 1.2 Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) von Amtes wegen. Nach ständiger Praxis ist das Verwaltungsgericht für Beschwerden betreffend Anordnungen in Handelsregistersachen zuständig (§ 1 VRG, § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a sowie §§ 42–44 VRG; VGr, 11. Juli 2007, VB.2007.00111, E. 2.1 – 17. Mai 2011, VB.2011.00266, E. 1.3 – 13. Juli 2011, VB.2010.00372, E. 1.2). 1.3 Der Beschwerdeführer 1 ist gemäss den Erwägungen des Bundesgerichtsentscheids vom 12. Dezember 2011 zur Beschwerde legitimiert. Die Ausgangsverfügung löst die Beschwerdeführerin 2 auf und auferlegt Gebühren sowie Busse dem Beschwerdeführer 3. Es stellt sich deshalb die Frage, wie es sich mit der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden 2 und 3 bezüglich aller Punkte der Verfügung verhalte. Weil – wie sich alsbald zeigt – die Beschwerde des

Verfahrens VB.2012.00104 bei einer Anhandnahme im Hauptpunkt ohnehin abzuweisen ist und bezüglich der – teilweise aufzuhebenden – Kostenaufgabe jedenfalls der Beschwerdeführer 3 zur Beschwerde legitimiert ist, kann die Beschwerdelegitimation im Einzelnen vorliegend offenbleiben. 1.4 Nachdem das Bundesgericht angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen der Löschung eines Einzelunternehmens von einem Streitwert von über Fr. 30'000.- ausgeht (BGr, 11. April 2011, 4A\_578/2010, E. 1.1), ist auch vorliegend davon auszugehen und die Sache in Dreierbesetzung zu erledigen (vgl. BGr, 12. Dezember 2011, 4A\_425/2011, E. 1.2; § 38 Abs. 1 und § 38b Abs. 1 lit. c e contrario VRG). 2. Der Beschwerdeführer 1 verlangt die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und den direkten Entscheid durch das Verwaltungsgericht. Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden vom 11. April 2011 gefunden, dass Art. 165 Abs. 2 HRegV nicht gegen das Legalitätsprinzip verstosse und die Kantone deshalb verpflichtet seien, für Verfügungen ihrer Handelsregisterämter als einzige Rechtsmittelinstanz ein oberes kantonales Gericht vorzusehen. Weil Verfügungen der Justizdirektion auf dem Gebiet des Handelsregisters deshalb von einer sachlich und funktionell unzuständigen Behörde getroffen worden seien, habe dies die Nichtigkeit derselben zur Folge (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 217 E. 2). In diesem Sinne ist in Gutheissung der Beschwerde des Beschwerdeführers 1 die Nichtigkeit der Verfügung der Justizdirektion vom 16. Juni 2010 festzustellen, der Rekurs der Mitbeteiligten als Beschwerde an das Verwaltungsgericht entgegenzunehmen, jenes Verfahren als VB.2012.00104 anzulegen und aufgrund des engen Sachzusammenhangs mit dem Verfahren VB.2012.00096 zu vereinigen. 3. 3.1 Im Zusammenhang mit dem Erlass der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 wurde die Handelsregisterverordnung einer Revision unterzogen; die neuen Bestimmungen traten auf 1. Januar 2012 in Kraft (AS 2011, 4659, 4712 ff.). Nach Art. 180 HRegV richten sich Verfahren betreffend Eintragungen von Amtes wegen, die vor Inkrafttreten der Verordnung eingeleitet wurden, nach altem Recht. In analoger Anwendung dieser Bestimmung richtet sich auch das Verfahren betreffend eine Eintragung von Amtes wegen, die vor der Revision der Handelsregisterverordnung eingeleitet wurde, nach altem Recht. Entsprechend richtet sich vorliegendes Verfahren nach aArt. 153 HRegV. 3.2 Hat eine Rechtseinheit am Ort ihres Sitzes kein Rechtsdomizil mehr und sind die Voraussetzungen von Art. 938a Abs. 1 des Obligationenrechts (OR, SR 220) nicht erfüllt, so fordert das Handelsregisteramt die Anmeldepflichtigen unter Ansetzung einer Frist von 30 Tagen durch eingeschriebenen Brief auf, die erforderliche Anmeldung vorzunehmen. Es weist dabei auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin (aArt. 153 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 HRegV). Kann das Handelsregisteramt keine zur Anmeldung verpflichtete Person erreichen, so publiziert es die Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (aArt. 153 Abs. 2 Satz 2 HRegV). Wird innerhalb dieser Frist keine Anmeldung eingereicht, so erlässt es eine Verfügung über die Auflösung der Rechtseinheit, die Einsetzung der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Liquidatorinnen oder Liquidatoren, den weiteren Inhalt des Eintrags im Handelsregister, die Gebühren sowie gegebenenfalls eine Ordnungsbusse gemäss Art. 943 OR (aArt. 153 Abs. 3 HRegV). 3.3 Der Beschwerdegegner sandte der Beschwerdeführerin 2 am 31. März 2009 ein Schreiben, welches mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurückgesandt wurde. In der Folge forderte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer 3 mit eingeschriebenen Sendungen vom 4. November 2009 und vom 27. November 2009 auf, ein neues Rechtsdomizil zu begründen; beide Schreiben holte der Beschwerdeführer 3 nicht ab. Hierauf erliess der Beschwerdegegner die

Ausgangsverfügung. Die Beschwerdeführenden 2 und 3 machen geltend, die ursprüngliche Postsendung an die Beschwerdeführerin 2 sei nicht angekommen, weil ein Mitarbeiter die schweizerische Post falsch informiert und die Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin 2 sich im Umbau befunden hätten. Der Beschwerdeführer 3 habe sodann die an ihn gerichteten Aufforderungen nicht abholen können, weil er in die Beschwerdeführerin 2 betreffenden Angelegenheiten viel unterwegs gewesen sei. Zudem habe er persönlich beim Beschwerdegegner vorgesprochen und Unterlagen abgegeben. Zwar gilt nach § 7 Abs. 1 VRG im Verwaltungs(justiz)verfahren der Untersuchungsgrundsatz (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 7 N. 4). Dieser wird jedoch durch die Mitwirkungspflicht der am Verfahren Beteiligten eingeschränkt (§ 7 Abs. 2 VRG). Im Rechtsmittelverfahren wird das Untersuchungsprinzip zusätzlich dadurch relativiert, dass die rekurs- oder beschwerdeführende Partei die ihre Rügen stützenden Tatsachen darzulegen und allenfalls Beweismittel einzureichen hat. Diese Obliegenheit erstreckt sich namentlich auf Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörde und welche diese ohne Mitwirkung jener nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte (BGE 124 II 361 E. 2b, und 122 II 385 E. 4c/cc). Die Untersuchungsmaxime befreit die antragstellende Partei auch nicht davon, dass sie die Beweislast für die Tatsachen trägt, aus denen sie Rechte ableiten könnte; es fällt deshalb zum Nachteil der Beschwerdeführenden aus, wenn die von ihnen behauptete Tatsache unbewiesen bleibt (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 5). Es ist zunächst offensichtlich, dass der Beschwerdeführer 3 nicht in rechtsgenügender Weise dafür gesorgt hat, dass die Beschwerdeführerin 2 am eingetragenen Domizil auch erreichbar ist, weshalb der Schluss der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin 2 verfüge über kein Domizil mehr, nicht rechtsverletzend ist. Soweit der Beschwerdeführer 3 geltend macht, er habe beim Beschwerdegegner vorgesprochen und Unterlagen abgegeben, trägt er für diese Behauptung die Beweislast. Aus den Akten geht zwar hervor, dass er am 10. März 2010 – nach Erlass der Ausgangsverfügung – beim Beschwerdegegner vorgesprochen hat. Indes besagt die entsprechende Aktennotiz nur, dass er sich wegen einer Betreuung erkundigt und in Aussicht gestellt hat, die offene Forderung zu begleichen. Damit ist jedenfalls nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer 3 durch "Abgabe von Unterlagen" den rechtmässigen Zustand wiederhergestellt hätte. Angesichts dieser Ausgangslage ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner gestützt auf aArt. 153 HRegV die Auflösung der Beschwerdeführerin 2 und die Einsetzung des Beschwerdeführers 3 als Liquidator verfügt hat. Die Auferlegung von Eintragungsgebühren in der Höhe von Fr. 276.- zu Lasten des Beschwerdeführers 3 findet zudem in Art. 5 lit. d Ziff. 6, Art. 12 sowie Art. 21 Abs. 1 der Verordnung vom 3. Dezember 1954 über die Gebühren für das Handelsregister (HRegGebV, SR 221.411.1) eine genügende Rechtsgrundlage (vgl. zur Gesetzmässigkeit dieser Verordnung BGr, 4. April 1997, Jahrbuch des Handelsregisters 1997, S. 144 ff., E. 4; VGr, 13. Juli 2011, VB.2010.00372, E. 3, sowie 29. März 2005, VB. 2004.00420, E. 3 f.). Wie es sich mit der Rechtmässigkeit der auferlegten "Verfahrensgebühren" in der Höhe von Fr. 150.- verhält, bedarf nachfolgend unter 4 einer eigenen Betrachtung. 3.4 Kommt eine zur Anmeldung einer Eintragung verpflichtete Person ihrer Anmeldepflicht absichtlich oder fahrlässig nicht nach, so verfügt das Handelsregisteramt eine Ordnungsbusse von Fr. 10.- bis 500.- (Art. 943 Abs. 1 OR; BGE 104 Ib 261 E. 3; Martin Eckert, Basler Kommentar, 2008, Art. 943 OR N. 1). Der betroffenen Person ist die Ordnungsbusse mit der Aufforderung zur Anmeldung anzudrohen (Art. 941 Abs. 1 OR; vgl. auch aArt. 153 Abs. 1 HRegV; Manfred Küng, Berner Kommentar, 2001, Art. 943 OR N. 14 ff. mit Hinweisen). Der

Beschwerdeführer 3 holte beide an ihn gerichteten Schreiben bei der Post nicht ab, weshalb er faktisch keine Kenntnis von deren Inhalt und damit auch keine Kenntnis von der Bussenandrohung hatte. Nach (inzwischen veralteter) zürcherischer Praxis gilt eine Sendung jedoch dann als erfolgreich zugestellt, wenn die Behörde zwei erfolglose Zustellversuche mit eingeschriebener Sendung vorgenommen hat und der Empfänger mit einer Zustellung rechnen musste. Eine in diesem Sinne schuldhaft Annahmeverweigerung durch den Empfänger liegt nicht nur bei aktiver Zurückweisung, sondern auch bei passiver Nichtannahme vor (vgl. hierzu Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 22 ff. mit Hinweisen; RB 1998 Nr. 2). Der Beschwerdeführer 3 macht nicht geltend, er habe keine Kenntnis vom Zustellungsversuch erhalten. Er führt einzig völlig unsubstantiiert aus, er sei viel unterwegs gewesen. Dies befreit den Beschwerdeführer jedoch nicht von der Pflicht, an ihn gerichtete Sendungen abzuholen. Er hat deshalb die Annahme schuldhaft verweigert. Entsprechend wurde die Androhung einer Busse rechtsgenügend zugestellt. Weil der Beschwerdeführer 3 seiner Anmeldepflicht schuldhaft nicht nachkam (vgl. vorstehend 3.2), erweist sich die Bussenaufgabe des Beschwerdegegners als rechtmässig. Soweit die Höhe der Busse in Frage steht, kann das Verwaltungsgericht diese nicht auf Angemessenheit, sondern einzig auf das Über- oder Unterschreiten bzw. den Missbrauch des Ermessens überprüfen (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG; § 50 Abs. 2 VRG). Die Bussenhöhe von Fr. 400.- bewegt sich im Strafrahmen des Art. 943 Abs. 1 OR und ist nicht rechtsverletzend.

#### **E. 4.1**

Es bleibt zu prüfen, ob die dem Beschwerdeführer 3 auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 150.- rechtmässig sind.

#### **E. 4.2**

Das Bundesgericht hielt in BGE 124 III 259 E. 4 fest, das Bundesrecht bestimme in Handelsregistersachen Art und Höhe der Gebühren. Weil der Handelsregisterverordnung kein Vorbehalt zugunsten einer kantonalen Gebührenverordnung entnommen werden könne, sei von einer abschliessenden bundesrechtlichen Tarifregelung auszugehen. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht später insofern präzisiert, als es nach dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 HRegGebV zulässig sei, tatsächlich angefallene Auslagen zusätzlich aufzuerlegen (BGr, 2. März 2000, 4A.12/1999, E. 3c; vgl. auch VGr, 29. März 2005, VB.2004.00420, E. 3.2.1). Bei den durch den Beschwerdegegner auferlegten "Verfahrensgebühren" handelt es sich nicht um Auslagen im vorgenannten Sinne. Weil neben den als "Eintragungsgebühren" auferlegten Gebühren gemäss Handelsregistergebührenverordnung kein Raum für kantonale Gebühren besteht und zudem nicht ersichtlich wäre, dass der Beschwerdegegner auch noch Leistungen ausserhalb des Anwendungsbereichs der Handelsregistergebührenverordnung erbracht hätte, verstossen die gestützt auf § 4 der (kantonalen) Gebührenordnung für die Verwaltungsbehörden vom 30. Juni 1966 (LS 682) auferlegten Verfahrensgebühren gegen Bundesrecht und sind demnach aufzuheben.

#### **E. 4.3**

Demnach sind die Beschwerde der Beschwerdeführenden 2 und 3, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutzuheissen und der Gebührenbetrag gemäss Ziff. 3 der Verfügung des Handelsregisteramts vom 2. März 2010 um Fr. 150.- zu reduzieren. Im Übrigen ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen.

### **E. 5.1**

Da die Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister – anders als für Verfügungen der kantonalen Aufsichtsbehörden bzw. für Entscheide im Rahmen der administrativen Aufsicht (vgl. Art. 13 f. HRegGebV) – keine Regelung der Gebühren für Rechtsmittelentscheide in Handelsregistersachen vorsieht, ist mit Bezug auf die Höhe der Gebühr für das verwaltungsgerichtliche Verfahren das kantonale Recht anzuwenden (ausführlich dazu VGr, 17. Mai 2011, VB.2011.00266, E. 5.2.2 f.).

### **E. 5.2**

Weil sich die Justizdirektion im Zeitpunkt des Erlasses ihrer Verfügung auf eine auch durch das Verwaltungsgericht geschützte Ansicht stützen konnte, wonach Art. 165 Abs. 2 HRegV nicht anwendbar sei (vgl. VGr, 8. September 2010, VB.2010.00290, E. 4), rechtfertigt sich, den das Verfahren VB.2012.00096 betreffenden Teil der Gerichtsgebühren auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die das Verfahren VB.2012.00104 betreffenden Gerichtsgebühren sind den in der Hauptsache unterliegenden und nur in einem quantitativ nicht ins Gewicht fallenden Nebenpunkt obsiegenden Beschwerdeführenden 2 und 3 zu gleichen Teilen, unter solidarischer Haftung füreinander, aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG; § 14 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 14 N. 3).

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