

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230061-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss vom 12. September 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

betreffend **Organisationsmangel / Fristwiederherstellung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2023 (EO220301)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Antragsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) ist eine Aktiengesellschaft und seit dem tt.mm.2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Führung eines Musikhauses und einer Musikschule sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen (act. 56).

1.2. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich wies die Berufungsklägerin darauf hin, dass ihre Vertretung in der Schweiz nicht mehr gegeben sei und sie an der eingetragenen Adresse (Rechtsdomizil) nicht mehr erreicht werden könne. Das Handelsregisteramt forderte die Berufungsklägerin auf, die Organisationsmängel innert Frist zu beheben. Nachdem die Berufungsklägerin dies innert Frist nicht getan hatte, überwies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Angelegenheit am 13. Oktober 2022 im Sinne von Art. 939 Abs. 2 OR dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich (Vorinstanz; act. 1).

1.3. Mit Verfügung vom 20. Oktober 2022 stellte die Vorinstanz die Eingabe des Handelsregisteramtes der Berufungsklägerin zu und setzte ihr Frist an, um die Organisationsmängel zu beheben (act. 5). Mit Eingabe vom 21. Oktober 2022 (Datum Poststempel: 26. Oktober 2022) ersuchte die Berufungsklägerin um Sistierung bzw. Verhandlungverschiebung sämtlicher pender Verfahren, weil sich ihr einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschriftsberechtigung, B._____, in Untersuchungshaft befinde (act. 7). Mit Schreiben vom 3. November 2022 unterrichtete die Vorinstanz B._____ über die Anhängigkeit des Verfahrens betreffend Organisationsmangel sowie die Verfügung vom 20. Oktober 2022 mit Fristansetzung. Die Vorinstanz hielt fest, dass eine Verfahrenssistierung auf unbestimmte Zeit nicht möglich sei und bat um Mitteilung bis spätestens am 14. November 2022, ob die Verfügung vom 20. Oktober 2022 an den Sitz der Berufungsklägerin oder einen anderen Zustellempfänger verschickt werden solle. Ohne gegenteilige Mitteilung werde der Versand an den derzeitigen Aufenthaltsort von B._____ erfolgen (act. 8). Am 21. November 2022 nahm die Vorinstanz eine Zustellung der Verfügung vom 20. Oktober 2022 an B._____ im

Gefängnis Limmattal vor (act. 10-12). Dieser reagierte mit Schreiben vom 19. Dezember 2022 (Datum Poststempel: 3. Januar 2023) und bat um eine Verfahrenssistierung, eine Übernahme der Kosten durch die Staatskasse oder Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 13). Mit Verfügung vom 16. Januar 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch um Verfahrenssistierung ab und setzte der Berufungsklägerin eine Nachfrist von 30 Tagen zur Behebung des Organisationsmangels an (act. 14). Im Schreiben vom 15. Februar 2023 (Datum Poststempel: 16. Februar 2023) nahm B._____ für die Berufungsklägerin zu "den Vorwürfen betreffend Organisationsmangel" Stellung, unter Einreichung von Belegen (act. 17, act. 18-1-2). Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich äusserte sich mit Zuschrift vom 28. Februar 2023 zur Stellungnahme der Berufungsklägerin (act. 22). Die Berufungsklägerin liess sich dazu nochmals mit Schreiben vom 17. März 2023 (Datum Poststempel: 20. März 2023) vernehmen (act. 27). Mit Entscheid vom 28. März 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Sie ordnete die Auflösung und Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs an und beauftragte das Konkursamt Hottingen-Zürich mit dem Vollzug. Die Gerichtskosten setzte sie auf Fr. 1'000.00 fest und auferlegte sie der Berufungsklägerin (act. 28 S. 5).

1.4. Am 11. April 2023 gelangte die Berufungsklägerin mit einem Wiederherstellungsgesuch betreffend die Frist zur Behebung des Organisationsmangels an die Vorinstanz (act. 30). Die Vorinstanz setzte der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 13. April 2023 eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'200.00 an. Sie stellte in Aussicht, dass mit einer Gutheissung des Wiederherstellungsgesuches gerechnet werden könne, falls der Mangel bis 31. Mai 2023 behoben sei oder vom Handelsregisteramt gemeldet werde, die Unterlagen für die Mangelbehebung seien vorhanden. Im Säumnisfall müsse mit einer Abweisung des Wiederherstellungsgesuches gerechnet werden (act. 31). Mit Schreiben vom 21. April 2023 (Datum Poststempel: 24. April 2023) stellte der Verwaltungsrat der Berufungsklägerin, B._____, ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (act. 34). Auf dieses trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 4. Mai 2023 (act. 35 S. 3) nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1) und sie setzte der Berufungsklä-

gerin eine nicht erstreckbare Nachfrist von 10 Tagen an, um den Kostenvorschuss von Fr. 1'200.00 zu leisten (Dispositiv-Ziffer 2). Dagegen wandte sich die Berufungsklägerin rechtzeitig mit Beschwerde vom 16. Mai 2023 (Datum Poststempel) an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Eingabe vom 31. Mai 2023 reichte die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz eine Änderungsanmeldung betreffend die Sitzverletzung von Zürich nach C._____ ein (act. 40-41). Die beim Obergericht anhängig gemachte Beschwerde wurde mit Urteil vom 14. Juni 2023 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (act. 42; PF230030-O/U).

1.5. Mit Verfügung vom 19. Juni 2023 setzte die Vorinstanz der Berufungsklägerin in der Folge eine nicht erstreckbare Nachfrist von 10 Tagen an, um für die Gerichtskosten den Vorschuss von Fr. 1'200.00 zu bezahlen, dies unter der Androhung, dass bei Säumnis auf das Fristwiederherstellungsgesuch nicht eingetreten werde (act. 43). Die vorinstanzliche Verfügung vom 19. Juni 2023 wurde von der Berufungsklägerin am 20. Juni 2023 empfangen (act. 44). Zuzufolge Nichtbezahlens des Kostenvorschusses innert der angesetzten Nachfrist trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. Juli 2023 auf das Fristwiederherstellungsgesuch der Berufungsklägerin androhungsgemäss nicht ein und sie hielt fest, dass demgemäss das Urteil vom 28. März 2023 rechtskräftig sowie den Ämtern mitzuteilen sei (act. 45 = act. 54 S. 2 f.).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 31. August 2023 (Datum Poststempel: 1. September 2023) erhebt die Berufungsklägerin Berufung bei der Kammer. Sie bittet um eine "Notfrist", um diese zu begründen (act. 55).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-52). Von prozessleitenden Anordnungen kann abgesehen werden, die Sache erweist sich sogleich als spruchreif.

3.

3.1. Wird die Wiederherstellung nach Erlass eines Endentscheids abgelehnt, so steht dagegen je nach Streitwert die Berufung oder die 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 Officialmaxime 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 (bekannten) 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 Aktienkapital in der Höhe von Fr. 100'000.00 bekannt (act. 56). Damit ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert gegeben.

3.2. Nach Eingang einer Klage oder eines Rechtsmittels prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind. Dazu gehört die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittelfrist. Gegen Entscheide im – wie hier – summarischen Verfahren beträgt die Frist für die Einreichung der Berufung 10 Tage (Art. 314 ZPO i.V.m. Art. 248 lit. c ZPO).

3.3. Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden, darunter Verfügungen und Entscheide (vgl. Art. 136 lit. b ZPO), gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Die zehntägige Berufungsfrist beginnt am Tag nach der förmlichen Zustel-

lung des vorinstanzlichen Entscheides zu laufen (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO und Art. 142 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Stellt das Gericht einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht entgegengenommen, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (sog. Zustellfiktion; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Nach Art. 141 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im schweizerischen Handelsamtsblatt, wenn (lit. a) der Aufenthaltsort der Adressatin unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (lit. b) wenn eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre, oder (lit. c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet. Die Zustellung gilt am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2). Die Rechtsmittelfrist ist gewahrt, wenn die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist zu Händen des Gerichts der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen konsularischen oder diplomatischen Vertretung übergeben wird (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

3.4. Die Vorinstanz stellte die Verfügung vom 10. Juli 2023 zunächst mittels Gerichtsurkunde an den einzigen Verwaltungsrat und Einzelzeichnungsberechtigten der Berufungsklägerin (B._____) ins Gefängnis zu. Die Sendung kam zurück mit dem Vermerk "Annahme verweigert", weil dieser am 21. Juni 2023 aus der Untersuchungshaft entlassen worden war (act. 46). Daraufhin sandte die Vorinstanz die Verfügung vom 10. Juli 2023 an die D._____-Strasse 1 in C._____, weil B._____ zuletzt mitgeteilt hatte, beim Handelsregisteramt eine Änderung der Domiziladresse der Berufungsklägerin dorthin beantragt zu haben (act. 40-41). Auch diese Sendung wurde, ohne dass sie jemals zur Abholung auf der Post lag, an die Vorinstanz retourniert (act. 47). Die Einwohnerkontrolle C._____ erklärte auf Nachfrage der Vorinstanz, dass an besagter Adresse keine Anmeldung erfolgt sei. Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich erklärte keine aktuelle Adresse von B._____ zu haben (act. 48). Daraufhin nahm die Vorinstanz eine Zustellung an die E._____-Strasse 2 in Zürich vor. Diese Sendung an die (noch) im Handels-

register des Kantons Zürich eingetragene Domiziladresse der Berufungsklägerin (act. 56) lag sieben Tage auf der Post zur Abholung bereit und wurde dann mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 49).

Die Berufungsklägerin hatte Kenntnis vom vorinstanzlichen Verfahren, konnten doch zahlreiche Verfügungen – nach vorgängiger Ankündigung (act. 8) – an ihren in Untersuchungshaft im Gefängnis Limmattal befindlichen, einzigen Verwaltungsrat und Einzelzeichnungsberechtigten zugestellt werden (vgl. act. 12, 15, 25, 29, 32, 36 und 44). Die Zustellung ins Gefängnis diente – wegen der Untersuchungshaft von B. _____ – als Alternative zur Zustellung an die Domiziladresse. Nach Treu und Glauben wäre es an der Berufungsklägerin resp. B. _____ gelegen, die Vorinstanz über die Entlassung aus der Untersuchungshaft zu informieren, was jedoch nicht erfolgte. Zwar kann daraus keine Fiktion der Zustellung der vorinstanzlichen Verfügung vom 10. Juli 2023 an die Gefängnisadresse resultieren (vgl. ZR 118 [2019] Nr. 39 S. 165). Jedoch hätte die Berufungsklägerin nach Entlassung ihres Verwaltungsrates und Einzelzeichnungsberechtigten aus der Untersuchungshaft mit gerichtlichen Zustellungen (wieder) an ihre Domiziladresse an der E. _____-Strasse 2 in Zürich rechnen müssen, welche Adresse B. _____ im Übrigen auch auf der Berufung an das Obergericht angab. Es greift daher die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, das heisst die vorinstanzliche Verfügung vom 10. Juli 2023 galt grundsätzlich als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch an die E. _____-Strasse 2 in Zürich, somit am 5. August 2023, als zugestellt. Dennoch tätigte die Vorinstanz einen weiteren Zustellversuch an B. _____ an die F. _____-Strasse 3 in G. _____, wobei die Gerichtsurkunde mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" von der Post retourniert wurde (act. 50). Daraufhin nahm die Vorinstanz eine Zustellung durch amtliche Publikation nach Art. 141 ZPO vor (act. 51).

3.5. Selbst wenn – nach grundsätzlichem Eintritt der Zustellfiktion hinsichtlich der versandten Verfügung – zugunsten der Berufungsklägerin angenommen würde, dass für den Beginn des Fristenlaufs für die Berufungserhebung der Tag der Publikation gilt (Art. 141 Abs. 3 ZPO), wäre die Berufung verspätet. Die Verfügung vom 10. Juli 2023 wurde am 21. August 2023 im Schweizerischen Handelsamts-

blatt (SHAB) publiziert (act. 51). Die zehntägige Berufungsfrist lief somit am Donnerstag, 31. August 2023, ab. Die am 1. September 2023 zur Post gegebene Eingabe der Berufungsklägerin (act. 55) erfolgte folglich in jedem Fall verspätet.

Die Gewährung einer "Notfrist" – wie von der Berufungsklägerin verlangt – ist im Gesetz nicht vorgesehen. In der Praxis wird in jenen Fällen eine kurze Nachfrist im Sinne einer sog. Notfrist gewährt, in denen ein (rechtzeitig gestelltes) Fristerstreckungsbegehren abgewiesen wird und die Frist bei Erhalt des Abweisungsentscheides bereits verstrichen ist oder nicht mehr rechtzeitig gehandelt werden kann (vgl. KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, 2. A., Basel 2014, Art. 144 N 4, 7 und 11). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Insbesondere handelt es sich bei der 10-tägigen Berufungsfrist um eine gesetzliche Frist, weshalb sie nicht verlängert resp. nicht erstreckt werden kann (Art. 314 ZPO i.V.m. Art. 144 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbegründung muss vollständig innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgen. Schon von daher kann keine "Notfrist" (über den 10-tägigen Fristenlauf hinaus) gewährt werden. Die Fristversäumnis könnte nur durch eine Wiederherstellung geheilt werden. Die Berufungsklägerin nennt in ihrer Eingabe allerdings weder den Grund, weshalb sie eine "Notfrist" zur Begründung der Berufung verlangt, noch erwähnt sie einen Wiederherstellungsgrund nach Art. 148 ZPO. Ihre Eingabe ist gänzlich unbegründet. Folglich ist auf die Berufung der Berufungsklägerin nicht einzutreten.

4.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist im Rahmen von § 8 Abs. 4 GebV OG (Fr. 100.00 bis maximal Fr. 7'000.00) in Würdigung des Streitwerts, des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falles festzusetzen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Unter Berücksichtigung des relativ geringen Zeitaufwandes des Gerichts und der geringen Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 600.00 angemessen. Eine Parteientschädigung ist der Berufungsklägerin keine zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin sowie an das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht im summarischen Verfahren), je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am:
12. September 2023