

# NW\_GERICHTE ZA 21 14 vom 17. September 2021

NW Gerichte, 2021-09-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_ZA 21 14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_ZA 21 14)

FR: NW\_GERICHTE ZA 21 14 du 17 septembre 2021

IT: NW\_GERICHTE ZA 21 14 del 17 settembre 2021

## Erwägungen

### E. 1.1

Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide unterliegen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten dann der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Festlegung des Streitwerts bei einem Verfahren nach Art. 731b OR auf das Aktienkapital der Gesellschaft abzustellen (Urteil Bundesgericht 4A\_106/2010 vom 22. Juni 2010 E. 6; vgl. auch ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], BSK-OR II, 5. A., 2016, N 27 zu Art. 731b OR). Vorliegend beträgt das Aktienkapital Fr. 100'000.■, so dass die Streitwertgrenze für die Berufungsfähigkeit überschritten ist. Der Auflösungsentscheid nach Art. 731b OR ist gemäss Art. 250 lit. c Ziffer 6 ZPO im summarischen Verfahren gefällt worden. Es gilt demnach eine Berufungsfrist von 10 Tagen nach Eröffnung des schriftlich begründeten Entscheids (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden (Art. 22 Ziff. 2 und 27 GerG [NG 261.1]).

### E. 1.2

Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO) und setzt für deren Leistung eine Frist (Art. 101 Abs. 1 ZPO). Wird der Vorschuss auch nicht innert (zwingend anzusetzender) Nachfrist geleistet, tritt es auf die Klage oder auf das Gesuch nicht ein (Art. 101 Abs. 3, Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. f ZPO). Die Frist für eine Zahlung an das Gericht ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist (Art. 143 Abs. 3 ZPO). Gemäss Art. 119 Abs. 1 ZPO kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit und folglich auch innert der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses gestellt werden. Obwohl sich keine Bestimmung der ZPO ausdrücklich in diesem Sinne äussert, nimmt die Lehre an, dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege implizit eine Art von Suspensivwirkung auf die Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses hat. Die Vorsicht gebietet dem Betroffenen, gleichzeitig mit dem Gesuch um unentgeltliche

5■12 Rechtspflege eine Erstreckung der laufenden Frist zur Leistung des Vorschusses bis zum Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu beantragen. Hat der Betroffene diese Vorsicht nicht walten lassen und wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen, so ist die Frist von Amtes wegen zu erstrecken bzw. von Amtes neu anzusetzen (BGE 138 III 163 E. 4.2). Bei der anzusetzenden Frist handelt es sich um eine Nachfrist (BGE 138 III 163 E. 4.3 [«un délai supplémentaire»]; auch: ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.],

ZPO-Kommentar, 2. A., 2016, N 5 zu Art. 101 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, 2012, N 3c zu Art. 101 ZPO).

### **E. 1.3**

Nach Eingang der Berufung und der ersten Fristansetzung zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 800.– stellte die Berufungsklägerin zunächst ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches aber abgewiesen wurde (vorstehender Bst. D). Gleichzeitig setzte das Gericht der Berufungsklägerin – unter ausdrücklicher Wiedergabe des Art. 101 Abs. 3 ZPO und der darin vorgesehenen Rechtsfolge des Nichteintretens – eine Nachfrist von 10 Tagen zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses an. Dieser Entscheidung ging der Rechtsvertretung der Berufungsklägerin am 22. Juli 2021 zu, womit die Nachfrist für die Bezahlung des Kostenvorschusses bis zum 2. August 2021 lief. Den Kostenvorschuss leistete die Berufungsklägerin mit Valutadatum 4. August 2021. Da die Berufungsklägerin den Vorschuss nicht binnen Frist zahlte, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

### **E. 2**

Selbst bei einer fristgerechten Vorschussleistung wäre ■ wie sich nachfolgend zeigen wird ■ auf die Berufung nicht einzutreten.

#### **E. 3.1.1**

Die Berufungsklägerin macht – soweit hier relevant – im Wesentlichen geltend, die Berufungsklägerin habe erst mit der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom angefochtenen Entscheid Kenntnis erlangt, womit die zehntägige Frist mit heutiger Eingabe gewahrt sei.

6■12

#### **E. 3.1.2**

Zu prüfen ist somit, ob das Rechtsmittel fristgerecht eingereicht worden ist.

### **E. 3.2**

Das Organisationsmängelverfahren ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Summarverfahren durchzuführen (BGE 141 III 43 E. 2.2; vgl. auch Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO). Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Es gilt kein Fristenstillstand (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Wird ein Entscheid, welcher mittels eingeschriebener Postsendung zugestellt wird, nicht abgeholt, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 Ziff. 3 ZPO). Mit einer Zustellung ist insbesondere in einem hängigen Verfahren zu rechnen, also während eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses. Dieses verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese prozessuale Pflicht entsteht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (Urteil des Bundesgerichts 4A\_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 2.4.1). Die

Zustellung erfolgt an die dem Gericht bekannte Adresse der Partei (JULIA GSCHWEND, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 3 zu Art. 138 ZPO); bei einer Aktiengesellschaft entspricht dies in der Regel dem im Handelsregister publizierten Rechtsdomizil bzw. der gegebenenfalls im Register publizierten Liquidationsadresse (vgl. zum Publikationserfordernis: Art. 45 Abs. 1 lit. c, Art. 63 Abs. 3 lit. f HRegV). Gerichtliche Zustellungen, die für juristische Personen bestimmt sind, werden oft von einer angestellten Person (Art. 138 Abs. 2 ZPO) entgegengenommen. Die Zustellung kann jedoch an jedes zur Vertretung berechnigte Organ erfolgen, wobei auch die Privatadresse in Frage kommen kann. Mit dieser Regelung will das Gesetz sicherstellen, dass gerichtliche Sendungen – analog zu Betreuungsurkunden – in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die für die Gesellschaft handeln können (Urteil des Bundesgerichts 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012 E. 3.4). Der Verwaltungsrat ist von Gesetzes wegen vertretungsbefugt und damit (formelles) Organ der Aktiengesellschaft (Art. 718 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 ZGB [für einen allfälligen

7■12 Liquidator: Art. 742 ff. OR]; ausdrücklich: DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: BSK-OR II, a.a.O., N 4 zu Art. 754 OR). Indes kann sich jede prozessfähige Partei im Prozess vertreten lassen (sog. vertragliche Vertretung; Art. 68 Abs. 1 ZPO); die Vertretung hat sich durch eine Vollmacht auszuweisen (dortiger Abs. 3). Das Rechtsverhältnis zwischen der Partei und ihrem gewillkürten Vertreter ist i.d.R. ein Auftrag (Art. 394 ff. OR). Ausnahmsweise kann ein arbeitsrechtliches oder organschaftliches Verhältnis vorliegen (STERCHI, a.a.O., N 12 zu Art. 68 ZPO). Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an die Vertretung (Art. 137 ZPO).

### **E. 3.3**

Die vorinstanzlichen Akten enthalten keine vertretungsbegründende Vollmacht. Aktenkundig ist einzig die im Berufungsverfahren aufgelegte Vollmacht «Diverses» vom 29. Juni 2021. Mithin ist nicht erstellt, dass die Berufungsklägerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren bzw. beim Versand des Entscheides am 31. Mai 2021 im Sinne von Art. 68 ZPO rechtsgültig vertreten gewesen wäre. Die jetzige Rechtsvertretung hat den Gesellschaftsbeschluss betreffend die Auflösung der Gesellschaft beurkundet, dies beim Handelsregister angemeldet und diesbezüglich allenfalls, notabene in der Funktion als beurkundende bzw. anmeldende Person, mit dem Handelsregister korrespondiert. Die Beurkundungstätigkeit (sowie die Erfüllung von mit der Beurkundungstätigkeit im Zusammenhang stehenden Nebentätigkeiten [vgl. zum Begriff der notariellen bzw. Beurkundungstätigkeit: CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, N 154-182]) begründete aber kein über das Beurkundungsgeschäft hinausgehende Vertretungsverhältnis. In Ermangelung des Nachweises eines vertretungsbegründenden Rechtsverhältnisses zwischen der Berufungsklägerin und einem Rechtsvertreter fiel eine Zustellung des angefochtenen Entscheides an eine Vertretung gemäss Art. 137 ZPO ausser Betracht. Der Entscheid war demnach der Berufungsklägerin direkt zuzustellen.

### **E. 3.4**

Der angefochtene Entscheid wurde am 31. Mai 2021, an die Adresse «B. \_\_, X. \_\_» versandt. Die Sendung wurde von der Bestimmungspoststelle am 1. Juni 2021 zur Abholung gemeldet (Abholungseinladung). Nachdem sie innert sieben Tagen nicht abgeholt worden war, ging sie an die Vorinstanz zurück. Bei B. \_\_ handelt es sich einerseits um das einzige Mitglied des Verwaltungsrates, den Liquidator und damit das (einzige)

vertretungsberechtigte Organ der Berufungsbeklagten. Andererseits ist die vorgenannten (Privat-)Adresse des B. \_\_ zugleich

8■12 auch als Liquidationsadresse der Berufungsbeklagten im Handelsregister eingetragen. Mit Blick auf die dargelegten gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. vorstehende E. 3.2) ist damit weder der Zustelladressat noch die Zustelladresse zu beanstanden. Auch wusste dieser spätestens nach Erhalt des vorinstanzlichen Schreibens vom 13. April 2021 betreffend Aufforderung zur Stellungnahme in der Sache um das Gerichtsverfahren und musste mit weiteren Zustellungen rechnen. Die Voraussetzungen für die Fiktion der Zustellung am siebten Tag nach der Avisierung, also am 8. Juni 2021, waren erfüllt. Die Rechtsmittelfrist begann demzufolge am 9. Juni 2021 zu laufen und lief am Montag, 19. Juni 2021 (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 142 Abs. 3 ZPO) ab. Hingegen ist unbeachtlich, in welchem Zeitpunkt der beurkundende Notar und jetzige Rechtsvertreter vom angefochtenen Entscheid Kenntnis genommen hat. Die am 7. Juli 2021 der Post übergebene Berufung erfolgte mithin zu spät.

### **E. 3.5.1**

Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Art. 147 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (sog. Wiederherstellung; Art. 148 Abs. 1 ZPO). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1 m.w.H.)

### **E. 3.5.2**

Die Berufungsklägerin erläutert, dass der Rechtsvertreter die an der Generalversammlung vom 7. März 2019 beschlossene Auflösung beurkundet habe. Dem Handelsregisteramt sei das Vertretungsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und dem Rechtsvertreter bekannt gewesen, sei diesem doch auch die Rechnung des Handelsregisteramts zugestellt worden. Das Handelsregisteramt habe dies dem Kantonsgericht aber nicht gemeldet, wozu es aber verpflichtet gewesen wäre, zumal der einzige Verwaltungsrat der Berufungsklägerin mit schwerer Krankheit im Ausland gewilt habe. Die Berufungsfrist sei wiederherzustellen.

9■12

### **E. 3.5.3**

Unbestritten ist, dass der aktuelle Rechtsvertreter die Auflösung der Berufungsklägerin beurkundet und in diesem Zusammenhang mit dem Handelsregisteramt korrespondiert hat. Wie dargelegt, begründete dies aber keine über die Anmeldung des Beurkundungsgeschäfts hinausgehende Kompetenz zur Vertretung der Berufungsklägerin (dazu vorstehende E. 3.3). In Ermangelung eines nachgewiesenen Vertretungsverhältnisses war das Handelsregisteramt nicht verpflichtet, der Vorinstanz den beurkundenden Notar bekanntzugeben oder diesen gegenüber der Vorinstanz gar als Vertreter der Berufungsklägerin zu bezeichnen. Die Berufungsklägerin hat sich die fehlende, rechtzeitige Anzeige einer Rechtsvertretung selbst zuzuschreiben, womit eine Wiederherstellung nicht in Frage kommt. Insoweit die Berufungsklägerin als alternativen Wiederherstellungsgrund

sinngemäss die schwere Krankheit resp. die damit verbundene Auslandsabwesenheit des Liquidators B. \_\_ anführt, ist ihr ebenfalls nicht zu folgen. Die beiden Tatsachenumstände werden zwar behauptet, aber in keiner Weise belegt. Die Berufungsklägerin scheitert diesbezüglich an der prozessualen Voraussetzung des Glaubhaftmachens, weshalb eine Wiederherstellung auch aus diesem Grund ausser Betracht fällt.

### **E. 3.6**

Nach Dargelegtem (vorstehende E. 3.4) erfolgte die Berufung verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario). Die Voraussetzungen für die Wiederherstellung der Frist sind nicht gegeben (Art. 148 Abs. 1 ZPO e contrario).

### **E. 4.1**

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Handelt es sich um einen besonders einfachen Fall oder lassen es die Umstände sonst als angezeigt erscheinen, kann die Gebühr ohne Bindung an den vorgegebenen Rahmen angemessen herabgesetzt oder ausnahmsweise auf die Erhebung der Gebühr verzichtet werden (Art. 4 Abs. 1 PKoG [NG 261.2]).

10■12 Die Gerichtskosten werden auf Fr. 500.■ (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 PKoG) festgesetzt, der unterliegenden Berufungsklägerin auferlegt, dem Kostenvorschuss von Fr. 800.■ entnommen (Art. 111 Abs. 1 ZPO) und sind bezahlt. Die Gerichtskassen hat die Vorschussrestanz von Fr. 300.■ zurückzuerstatten.

### **E. 4.2**

Die unterliegende Berufungsklägerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO e contrario). Der Berufungsbeklagten ist kein Aufwand entstanden. Auf die Festsetzung einer Umtriebsentschädigung ist zu verzichten.

11■12 Demnach erkennt das Obergericht:

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