

Beschluss vom 14. November 2022

ZK2 2022 54

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Prof. Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichterinnen Bettina Krienbühl und Clara Betschart,
Gerichtsschreiberin MLaw Julia Lüönd.

In Sachen **A. _____ AG,**
Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

betreffend Organisationsmangel und konkursamtliche Liquidation; Fristwiederherstellung
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 5. September 2022, ZES 2022 534 und ZES 2022 624);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Am 15. Juli 2022 zeigte das Handelsregister des Kantons Schwyz dem Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe mit Verweis auf Art. 939 Abs. 2 i.V.m. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR einen Organisationsmangel bei der Berufungsführerin an und führte zur Begründung aus, Herr C. _____ sei aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die Löschung im Handelsregister sei am 8. April 2022 erfolgt und die Berufungsführerin sei somit ohne gesetzmässige Vertretung im Sinne von Art. 718 Abs. 4 OR. Die Berufungsführerin sei mit eingeschriebenem Brief vom 12. Mai 2022, der ihr am 13. Mai 2022 habe zugestellt werden können, aufgefordert worden, den gesetzmässigen Zustand ihrer Vertretung wiederherzustellen und zur Eintragung im Handelsregister anzumelden, woraufhin innert Frist keine Reaktion erfolgt sei (Vi-act. A/I; Vi-act. KB2 f.).

Der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe forderte die Berufungsführerin mit Verfügung vom 19. Juli 2022 unter Androhung der Auflösung der Gesellschaft auf, bis am 9. August 2022 den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die fehlenden Organe zu bestellen sowie eine entsprechende Mitteilung an das Gericht zu machen oder alternativ innert gleicher Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.00 zu leisten, damit die fehlenden Organe allenfalls ernannt werden könnten (Vi-act. E1). Nachdem die Berufungsführerin weder eine Mitteilung betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemacht noch die Sicherheit geleistet hatte (vgl. angefochtene Verfügung, E. 2), gewährte ihr der Erstrichter eine letztmalige Nachfrist bis am 1. September 2022 mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Gesellschaft aufgelöst und die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet werde (Vi-act. E2). Die Berufungsführerin teilte indes auch innert Nachfrist nicht mit, dass sie den rechtmässigen Zustand wiederhergestellt habe, noch leistete sie die Sicherheit (angefochtene Verfügung, E. 3), und der Erstrichter verfügte am 5. September 2022 Folgendes:

1. Die Einsetzung eines in der Schweiz wohnhaften Zeichnungsberechtigten für die A. _____ AG unterbleibt.
2. Die A. _____ AG mit Sitz in Wollerau wird aufgelöst.
3. Es wird die Liquidation der A. _____ AG nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet und das Konkursamt Höfe mit der Durchführung beauftragt.
4. Die Gerichtskosten von Fr. 500.00 werden der A. _____ AG auferlegt.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Zufertigung]

Dagegen erhob die Berufungsführerin am 12. Oktober 2022 Berufung beim Kantonsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren (KG-act. 1):

1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Höfe, Einzelrichter, vom 5. September 2022 im Verfahren ZES 2022 534 und ZES 2022 624 (konkursamtliche Liquidation) aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Berufungsklägerin keinen Organisationsmangel mehr aufweist.
3. Das Handelsregisteramt Schwyz sei anzuweisen, die Anmeldung von Frau D. _____ als Mitglied des Verwaltungsrats der Berufungsklägerin mit Einzelunterschrift zu vollziehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Gleichentags ersuchte die Berufungsführerin um Wiederherstellung der Berufungsfrist im Sinne von Art. 148 ZPO (KG-act. 2). Die Erstinstanz verzichtete mit Aktenüberweisungsschreiben vom 19. Oktober 2022 auf Gegenbemerkungen und verwies betreffend die Frage der Fristwahrung auf Vi-act. E3–5 (KG-act. 6).

2. Die Frist zur Einreichung der Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO zehn Tage. Spätestens am letzten Tag der Frist sind Eingaben beim Gericht

einzureichen oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post zu übergeben (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die angefochtene Verfügung wurde der Berufungsführerin gemäss Rückschein am 6. September 2022 zugestellt (Vi-act. E3). Weil die Berufungsführerin die Sendung unterschriftlich entgegennahm, gilt die Sendung an diesem Datum als zugestellt, woran die Rücksendung unter Verweigerung der Annahme am Folgetag (Vi-act. E4) nichts zu ändern vermag. Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann folglich am 7. September 2022 zu laufen und endete am 16. September 2022 (vgl. Art. 142 Abs. 1 ZPO). Die Postaufgabe der Berufungsschrift erfolgte erst mehr als drei Wochen nach Ablauf dieser Frist am 12. Oktober 2022 (KG-act. 1) und damit verspätet, wovon auch die Berufungsführerin ausgeht (KG-act. 2, S. 2). Es bleibt zu prüfen, ob die Berufungsfrist dem Gesuch der Berufungsführerin entsprechend wiederherzustellen ist (vgl. KG-act. 2).

a) Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht einer Partei auf Gesuch hin eine Nachfrist gewähren, wenn diese glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Diese Bestimmung bezieht sich sowohl auf richterliche als auch gesetzliche Fristen, insbesondere auch auf Rechtsmittelfristen (Urteil des Bundesgerichts 5A_890/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 3). Laut Art. 148 Abs. 2 ZPO ist das Gesuch innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrunds einzureichen. Eine Wiederherstellung ist nur möglich, wenn es der säumigen Partei aufgrund objektiver oder subjektiver Hinderungsgründe unmöglich war, eine Frist zu wahren, und der geltend gemachte Hinderungsgrund für die Säumnis kausal ist (Gozzi, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 148 ZPO N 9 und N 12). Bei der Beurteilung des Verschuldens der säumigen Partei ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen. Massgebend ist, ob die Säumnis auch bei der von der säumigen Partei zu erwartenden Sorgfalt unter den gegebenen Umständen nicht hätte abgewendet werden können (Gozzi, a.a.O., Art. 148 ZPO N 11). Die gesuchstellende Partei trägt die Beweislast.

Sie hat das Vorliegen eines höchstens leichten Verschuldens glaubhaft zu machen und die notwendigen Beweismittel einzureichen (Sutter-Somm/Seiler, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 148 ZPO N 6),

b) Das Gesuch um Fristwiederherstellung begründet die Berufungsführerin damit, dass das Verpassen der Berufungsfrist Folge mehrerer unglücklicher, gleichzeitig aufgetretener Umstände und Missverständnisse gewesen sei. Durch verschiedene Gegebenheiten seien administrative Belange, v.a. aufgrund geschäftsinterner Umstrukturierungen und ausfallender Personen, vernachlässigt worden. Die vorliegende Angelegenheit sei wegen mehrerer verketteter Missverständnisse nicht bis zum zuständigen Verwaltungsrat durchgedrungen, der folglich nicht fristgerecht handeln können (KG-act. 2, S. 2). Der vorliegende Organisationsmangel sei zwischenzeitlich behoben worden. Mit Frau D. _____ sei eine zeichnungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz beim Handelsregisteramt angemeldet worden. Darüber hinaus handle es sich beim streitgegenständlichen Verfahren um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es sei also keine in ihren Interessen betroffene Gegenpartei vorhanden. Nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bestehe zudem kein Interesse der Öffentlichkeit oder betroffener Gläubiger an einer Auflösung der Gesellschaft (KG-act. 2, S. 2 f.). Ihr Verhalten solle mit diesen Ausführungen nicht beschönigt oder gerechtfertigt werden. Vielmehr solle aufgezeigt werden, dass sie keine im Grundsatz nachlässige Haltung einnehme und dass die Summe der Missverständnisse sowie die daraus resultierende Unachtsamkeit zum hiesigen Gesuch geführt hätten. Die Wiederherstellung der Frist sei für den Ausgang des Verfahrens offensichtlich erheblich. Würde die Wiederherstellung der gegenständlichen versäumten Frist verwehrt, hätte dies unverhältnismässig fatale Folgen für sie, indem sie liquidiert und im Handelsregister gelöscht werden würde. So sei der vorliegende Fall ein Paradebeispiel für das Institut der Fristwiederherstellung. Angesichts der

drohenden Folgen solle die Gefahr des prozessualen Formalismus abgeschwächt werden und es solle ihr trotz versäumter Frist eine Möglichkeit gegeben werden, sich gegen den Entscheid zu wehren (KG-act. 2, S. 3).

c) Indem die beweisbelastete Berufungsführerin lediglich vage ausführt, sie habe die Berufungsfrist wegen mehrerer unglücklicher, gleichzeitig aufgetretener Umstände und Missverständnisse verpasst, ohne diese Umstände konkret darzulegen, vermag sie das Vorliegen eines bloss leichten Verschuldens an ihrem Versäumnis nicht glaubhaft zu machen. Ebenso wenig ist ein fehlendes oder bloss leichtes Verschulden mit dem Vorbringen glaubhaft gemacht, die Angelegenheit sei wegen mehrerer verketteter Missverständnisse nicht bis zum zuständigen Verwaltungsrat durchgedrungen, zumal die Berufungsführerin in ihrem Fristwiederherstellungsgesuch auch in diesem Zusammenhang keine konkreten Erklärungen macht. Versehen, Vergesslichkeit und ähnliche Gründe stellen ohnehin grundsätzlich keine Gründe für eine Fristwiederherstellung dar (Gozzi, a.a.O., Art. 148 ZPO N 30). Der Berufung lässt sich entnehmen, dass die für die Post verantwortliche Mitarbeiterin des zuständigen Verwaltungsrats E._____ resp. dessen Unternehmung F._____ SA wegen Krankheit, d.h. wegen Erschöpfung/Stress, ausgefallen sei, und im eingereichten Arzzeugnis betreffend eine Mitarbeiterin der „G._____“ wird deren hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit vom 8. September 2022 bis zum 31. Oktober 2022 attestiert (KG-act. 1, Ziff. II.4; KG-act. 1/6). Angesichts dessen, dass die angefochtene Verfügung der Berufungsführerin aber am 6. September 2022, mithin zwei Tage vor der behaupteten Arbeitsunfähigkeit der namentlich nicht genannten Arbeitnehmerin, zugestellt worden war (Vi-act. E3), ist dieses Vorbringen nicht dazu geeignet, die behauptete fehlende Kenntnis des Verwaltungsrats E._____ von der angefochtenen Verfügung zu erklären. Das Vorliegen eines Fristwiederherstellungsgrunds ist damit nicht glaubhaft gemacht. Zudem äussert sich die beweisbelastete Berufungsführerin weder zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der

angefochtenen Verfügung noch macht sie geltend, das Fristwiederherstellungsgesuch innert der Frist von zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrunds nach Art. 148 Abs. 2 ZPO gestellt zu haben.

Abgesehen davon behauptet die Berufungsführerin zwar, den Organisationsmangel, d.h. das Fehlen eines Mitglieds des Verwaltungsrats oder Direktors mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 718 Abs. 4 i.V.m. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR; vgl. Vi-act. A/I), durch die Wahl von Frau D._____ als neues Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsrecht an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 30. September 2022 behoben zu haben (KG-act. 1, Ziff. II.6; vgl. KG-act. 2, S. 2;). Weil der Untersuchungsgrundsatz die Berufungsführerin aber nicht von der Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung befreit (BGE 140 I 285, E. 6.3.1 = Pra 104 [2015] Nr. 22) und sie dennoch kein entsprechendes Protokoll der für die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats allein zuständigen Generalversammlung vorlegt (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR und Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2 OR), ist die Behebung des Organisationsmangels der Berufungsführerin nicht rechtsgenügend dargetan. Hierzu reicht auch die von der Berufungsführerin eingereichte Handelsregisteranmeldung vom 30. September 2022 (KG-act. 1/8) nicht aus, weil die Eintragung eines neu gewählten Verwaltungsratsmitglieds nicht Voraussetzung für die Gültigkeit der Bestellung und somit lediglich deklaratorischer Natur ist (Wernli/Rizzi, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A. 2016, Art. 710 OR N 8). Ohnehin lässt sich der Handelsregisteranmeldung nicht entnehmen, in welcher Funktion Frau D._____ eingetragen werden soll (vgl. Art. 119 Abs. 1 lit. f HRegV).

Die Behebung des Organisationsmangels ist damit nicht bewiesen und die Nichtzulassung der Wiederherstellung der Berufungsfrist ist entgegen der Ansicht der Berufungsführerin somit nicht unverhältnismässig. Das Fristwiederherstellungsgesuch der Berufungsführerin ist folglich abzuweisen

und auf die Berufung ist nicht einzutreten. Im Übrigen wäre die Berufung aus denselben Überlegungen, ungeachtet der Frage, ob das erstmalige Vorbringen der Behebung des Organisationsmangels novenrechtlich zulässig wäre, abzuweisen.

3. Zusammenfassend ist das Fristwiederherstellungsgesuch abzuweisen und auf die Berufung ist wegen Verspätung nicht einzutreten. Wäre auf die Berufung einzutreten, müsste sie abgewiesen werden. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.00 der unterliegenden Berufungsführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO);-

beschlossen:

1. Das Fristwiederherstellungsgesuch wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, eventualiter wird sie abgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.00 werden der Berufungsführerin auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe bezogen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.
5. Zufertigung an die Berufungsführerin (2/R), das Handelsregisteramt (1/R), das Konkursamt Höfe (1/R), das Grundbuchamt Höfe (1/R), das Betreibungsamt Höfe (1/R), die Vorinstanz (2/R, mit den Akten) sowie nach definitiver Erledigung an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

15. November 2022 kau