



Fall-Nr.:	BS.2021.6
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	16.11.2021
Entscheiddatum:	10.08.2021

Entscheid Kantonsgericht, 10.08.2021

Art. 141 Abs. 1 ZPO (SR 272); Art. 939 Abs. 2 OR (SR 220); Art. 152 Abs. 2 HRegV (SR 221.411): Eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (sog. Ediktalzustellung) ist nur zulässig, wenn andere Zustellungsformen nicht möglich sind und eine von drei in Art. 141 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgezählten Bedingungen erfüllt ist. Zumutbare Nachforschungen (lit. a) sind zu dokumentieren und umfassen insbesondere das Nutzen des Internets, eine Nachfrage bei der Einwohnerkontrolle und die Konsultation eines (Online-)Telefonbuches, um beispielsweise die (Privat-)Adresse des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers herauszufinden (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 10. August 2021, BS. 2021.6).

Sachverhalt:

1. Mit Einschreiben vom 23. Dezember 2020 an die A._____ GmbH hielt das Amt für Handelsregister und Notariate St. Gallen (Handelsregisteramt) fest, ihm sei von dritter Seite mitgeteilt worden, dass sie, die A._____ GmbH, über kein Rechtsdomizil am Ort des Sitzes mehr verfüge. Es werde dem obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan daher eine Frist von 30 Tagen gesetzt, um den gesetzmässigen Zustand in Bezug auf das Domizilverhältnis wiederherzustellen. Weiter wies das Handelsregisteramt auf die (allerdings nur noch bis 31. Dezember 2020 gültigen) Vorschriften und Rechtsfolgen hin, für den Fall, dass der Aufforderung keine Folge geleistet werde (Art. 153a und 153b aHRegV). Die Post retournierte das Schreiben mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden". Am __. Dezember 2020 publizierte das Handelsregisteramt die Aufforderung im



Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; wiederum mit einem Hinweis auf die nur noch wenige Tage gültigen Vorschriften und Rechtsfolgen). Am 2. Februar 2021 überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit gestützt auf Art. 939 Abs. 2 OR (in Kraft seit 1. Januar 2021) an das Kreisgericht.

2. Mit Veröffentlichung vom __. Februar 2021 auf der Publikationsplattform des Kantons St. Gallen forderte das Kreisgericht die A._____ GmbH auf, sich bis zum 25. März 2021 zu äussern bzw. den Nachweis zu erbringen, dass die vom Handelsregisteramt beanstandeten Mängel behoben worden seien; verstreiche die Frist ungenutzt, werde die Auflösung der Rechtseinheit gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR verfügt und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet. Die A._____ GmbH reagierte nicht. Mit Entscheid vom 18. Mai 2021 löste der Einzelrichter des Kreisgerichts die Gesellschaft auf und ordnete deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an. Die Zustellung des Entscheids an die A._____ GmbH erfolgte durch Publikation am __. Mai 2021.

3. Gegen diesen Entscheid erhob die A._____ GmbH am 28. Juni 2021 Berufung beim Kantonsgericht. Dabei bringt sie vor, der vorinstanzliche Entscheid sei ihr nicht zugestellt worden, erst am 22. Juni (2021) habe sie davon Kenntnis erhalten. Gleichzeitig stellte sie (sinngemäss) ein Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist. Am 29. Juni 2021 reichte sie eine weitere Eingabe ein.

Aus den Erwägungen:

II.



1. Zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Berufung sowie des Gesuchs um Wiederherstellung der Berufungsfrist ist die Einzelrichterin im Obligationenrecht, nachdem ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 939 OR in Frage steht (Art. 15 Abs. 1 EG-ZPO und Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4 GO). Dabei handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 1 lit. b ZPO), womit das summarische Verfahren zur Anwendung kommt (Art. 248 lit. e ZPO) und das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 255 lit. b ZPO). Der Streitwert beträgt entsprechend dem Stammkapital der Berufungsklägerin Fr. 20'000.00 (BGer 4A_499/2019 E. 1.3; zum Ganzen Domenig/Gür, Organisationsmangelverfahren nach Art. 713b und Art. 939 OR, in: AJP 2021, S. 168 ff.).

2. Mit nachträglicher Eingabe vom 29. Juni 2021 teilt die Berufungsklägerin mit, ihr Domizil befinde sich nun an der N._____-Strasse in X._____, und reicht eine entsprechende Bestätigung des Domizilgebers ein. Weiter ersucht sie darum, "die Firma wieder zu aktivieren". Vorliegend kann offenbleiben, ob diese Eingabe mit Blick auf die beschränkte Möglichkeit, im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel einzubringen (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), berücksichtigt werden könnte, da die Berufungsklägerin ihre Domiziländerung unter Beilage der notwendigen Belege (zu gegebener Zeit) ohnehin beim Handelsregisteramt und nicht beim Kantonsgericht anzumelden hat.

3.a) 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 (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Das Gesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO), wobei dann, wenn ein Entscheid eröffnet worden ist, die Wiederherstellung nur innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft verlangt werden kann (Art. 148 Abs. 3 ZPO). Ein nicht rechtsgültig zugestellter Entscheid entfaltet indessen keine



Rechtswirkung; Fristen werden nicht ausgelöst. Einem Betroffenen kann folglich auch nicht vorgehalten werden, er habe eine Frist verpasst. Eine Wiederherstellung zufolge versäumter Frist fällt insoweit ausser Betracht (BGE 142 IV 201 E. 2.4; BGE 129 I 361 E. 2.1 und 2.2; BGer 4A_21/2021 E. 6.1).

b) Mit ihrem Vorbringen, sie habe den vorinstanzlichen Entscheid nicht erhalten, stellt sich die Berufungsklägerin auf den Standpunkt, die Zustellung sei nicht korrekt erfolgt. Somit gilt es zunächst zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid rechtsgültig zugestellt wurde, und damit insbesondere, ob im vorinstanzlichen Organisationsmängelverfahren die Voraussetzungen zur Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfüllt waren.

4.a) Die Zustellung eines Entscheids erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 ZPO). Eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (sog. Ediktalzustellung) ist nur dann zulässig, wenn andere Zustellungsformen nicht möglich sind. Die öffentliche Bekanntmachung ist mithin das letzte Mittel, zu dem ein Gericht einzig dann Zuflucht nehmen darf, wenn eine von drei in Art. 141 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgezählten Bedingungen erfüllt ist: der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten ist unbekannt und kann trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden (lit. a), eine Zustellung ist unmöglich oder wäre mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden (lit. b) oder eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland bezeichnete entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz (lit. c). Ein unbekannter Aufenthaltsort oder die Unmöglichkeit der Zustellung im vorgenannten Sinn kann erst dann angenommen werden, wenn sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden, jedoch erfolglos geblieben sind (BGE 136 III 571 E. 5; BGer 4A_646/2020 E. 3.1 und 3.2; BSK ZPO-Gschwend, 3. Aufl., Art. 141 N 2; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 141 N 8 ff.; A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 141 N 2; BK-Frei, 2012, Art. 141 ZPO N 2 und 8 ff.).



b) Nach Einleitung des gerichtlichen Organisationsmängelverfahrens forderte das Kreisgericht die Berufungsklägerin auf, sich bis zum 25. März 2021 zu äussern bzw. den Nachweis zu erbringen, dass die vom Handelsregisteramt beanstandeten Mängel behoben worden seien. Bereits diese Aufforderung wurde lediglich durch Veröffentlichung auf der Publikationsplattform des Kantons St. Gallen zugestellt. Die Zustellung des angefochtenen Entscheids erfolgte ebenfalls ausschliesslich durch Publikation. Aus den Akten ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, dass das Kreisgericht vor der Ediktalzustellung weitere Zustellungen versucht oder nur schon Abklärungen getroffen hätte, um eine Zustelladresse für ihre Verfügung oder den Entscheid zu eruieren. Selbst wenn ein erster Zustellungsversuch an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse der Berufungsklägerin erfolglos geblieben wäre, hätten, wie das dann offenbar das Konkursamt (erfolgreich) tat, zumindest zumutbare Nachforschungen – die insbesondere das Nutzen des Internets, eine Nachfrage bei der Einwohnerkontrolle und die Konsultation eines (Online-)Telefonbuches umfassen – getätigt werden müssen, um beispielsweise die (Privat-)Adresse des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers herauszufinden (zur Zustellung an zur Vertretung berechnete Organe vgl. BGer [5A_268/2012](#) E. 3.4). Dieser wohnt, was ebenfalls aus dem Handelsregister hervorgeht, in W._____. Das Kreisgericht bemühte sich aber in keiner Weise, eine mögliche Zustelladresse der Berufungsklägerin ausfindig zu machen. Unter diesen Umständen waren die Voraussetzungen für eine Zustellung durch öffentlichen Bekanntmachung offensichtlich nicht erfüllt. Hinzu kommt das Folgende:

5.a) Stellt das Handelsregisteramt Mängel in der gesetzlich als zwingend vorgeschriebenen Organisation von im Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaften fest, fordert es die betreffende Rechtseinheit auf, den Mangel zu beheben, und setzt ihr dazu eine Frist (Art. 939 Abs. 1 OR). Ein solcher Mangel ist beispielsweise das Fehlen des eigenen Rechtsdomizils oder eines Domizilhalters (BK-Siffert, 2021, Art. 939 OR N 8). Die Aufforderung des Handelsregisteramtes erfolgt schriftlich und wird durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen



Empfangsbestätigung an das eingetragene Rechtsdomizil der Rechtseinheit oder nach den Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr zugestellt (Art. 152a Abs. 1 lit. a und b HRegV). Kann die Gesellschaft auf diese Weise nicht erreicht werden, erfolgt die Zustellung durch Publikation im SHAB, sofern das eingetragene Rechtsdomizil der Rechtseinheit nicht mehr den Tatsachen entspricht und ein neues Rechtsdomizil trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, oder eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichem Aufwand verbunden wäre (Art. 152a Abs. 3 lit. a und b HRegV). Zu einer Publikation der Aufforderung im SHAB kommt es also nur, wenn das Handelsregisteramt vorgängig die ihm zur Verfügung stehenden Arbeitsinstrumente (Behördenauskünfte, amtliche Verzeichnisse, Internetsuchmaschinen usw.) mit vertretbarem Aufwand eingesetzt hat, um ein allfälliges neues, nicht angemeldetes Rechtsdomizil zu ermitteln. Erst wenn solche zumutbaren Nachforschungen nachweislich – das Handelsregisteramt hat daher seine Recherchetätigkeiten zu dokumentieren – ergebnislos geblieben sind, darf die Aufforderung im SHAB publiziert werden (Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 20. Februar 2019, S. 12; BK-Siffert, Art. 939 OR N 20; Meisterhans/Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Art. 152a N 673; OFK/HRegV-Vogel, 2020, Art. 152a N 6). Zusammen mit der Aufforderung hat das Handelsregisteramt die massgeblichen Vorschriften darzulegen und aufzuzeigen, welche rechtlichen Konsequenzen im Unterlassungsfall drohen (Art. 152 Abs. 2 HRegV; vgl. auch OFK/HRegV-Vogel, Art. 152 N 6, BK-Siffert, Art. 939 OR N 15 und Meisterhans/Gwelessiani, a.a.O., Art. 152 N 668 f.). Werden diese formellen Voraussetzungen nicht respektiert, so ist die Aufforderung als nichtig zu betrachten (BK-Siffert, Art. 939 OR N 15; SHK HRegV-Rüetschi, 2013, Art. 155 N 13; Berger/Rüetschi/Zihler, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, in: REPRAX 1/2012, S. 1 ff., 11).

b) Hier forderte das Handelsregisteramt mit Einschreiben vom 23. Dezember 2020 die Berufungsklägerin auf, den Mangel in ihrer Organisation zu beheben. Die Post retournierte das Schreiben jedoch mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden". Bereits am __. Dezember 2020 publizierte das Handelsregisteramt die Aufforderung im SHAB. Nachforschungen, um



ein allfälliges neues, nicht angemeldetes Rechtsdomizil zu ermitteln, unternahm es nicht, jedenfalls sind keine solche dokumentiert. Ausserdem nannte es mit Blick auf die spätere Überweisung der Angelegenheit an das Gericht gestützt auf Art. 939 Abs. 2 OR in der Aufforderung nicht die korrekten Vorschriften und drohte die falschen rechtlichen Konsequenzen an (Vorgehen gemäss Art. 153b aHRegV anstatt Überweisung an das Gericht gemäss Art. 939 Abs. 2 OR). Folglich lagen weder die Voraussetzungen für eine Veröffentlichung der Aufforderung im SHAB nach Art. 152a Abs. 3 HRegV noch jene für eine Überweisung der Angelegenheit an das Gericht gemäss Art. 939 Abs. 2 OR vor.

6.a) Wählt das Gericht die Ediktalzustellung, obschon die Voraussetzungen dafür offensichtlich nicht gegeben sind, ist der Entscheid mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass er in der Regel als nichtig erscheint. Dies gilt zumindest in jenen Fällen, in denen die Adressatin oder der Adressat keine Kenntnis vom Verfahren hatte (BGE 136 III 571 E. 6.3; BGE 129 I 361 E. 2.2; BGer 4A_646/2020 E. 3.3.2; BGer 5A_699/2019 E. 5.1, nicht publ. in BGE 146 III 247; BGer 5A_667/2018 E. 4.2; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 141 N 11; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 10; BK-Frei, Art. 141 ZPO N 18). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2; BGE 138 II 501 E. 3.1; BGer 4A_646/2020 E. 3.3.3; BGer 4A_20/2020 E. 5.1; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 10).

b) Wie erläutert (vgl. E. 4.b hiervor) hätte die Vorinstanz ihren Entscheid und auch die Aufforderung zur Stellungnahme bzw. zum Nachweis, dass die beanstandeten Mängel behoben worden seien, nicht durch öffentliche Bekanntmachung zustellen dürfen. Zudem ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Berufungsklägerin während der gesamten Verfahrensdauer keine Kenntnis davon hatte, dass ein Organisationsmängelverfahren eröffnet worden war. Ihr wurde weder vom Handelsregisteramt (vgl. E. 5.b hiervor) noch von der Vorinstanz ein Schreiben in dieser Sache rechtmässig zugestellt. Es gibt auch keine Hinweise darauf, dass die Berufungsklägerin auf anderem Weg vom Prozess erfahren hatte. Somit erweist sich der angefochtene Entscheid als nichtig und die Sache ist an die Vorinstanz



zurückzuweisen, wobei diese, bevor sie neu entscheidet, der Berufungsklägerin das rechtliche Gehör zu gewähren hat (Art. 53 ZPO).

[...]