



**ZA 20 13**

**Urteil vom 16. März 2021**  
**Zivilabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichterin Franziska Ledergerber,  
Oberrichter Franz Odermatt,  
Gerichtsschreiber Marius Tongendorff.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.**\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Patrick Iten,  
Alter Postplatz 2/City, Postfach 147, 6371 Stans,

**Gesuchstellerin/Berufungsklägerin,**

gegen

**B.**\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Rebsamen,  
von Segesser Rebsamen Felder Anwaltsbüro und Notariat,  
Kapellplatz 1, 6004 Luzern,

**Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte.**

**Gegenstand**

**Rechtsschutz in klaren Fällen**

Neubeurteilung im Verfahren ZA 19 12 nach Rückweisung durch das Bundesgericht (5A\_1004/2019 vom 22. September 2020).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Mit Gesuch vom 21. Februar 2019 stellte die A.\_\_\_ (Berufungsklägerin) als Gesuchstellerin gegen die B.\_\_\_ (Berufungsbeklagte) als Gesuchsgegnerin beim Kantonsgericht Nidwalden folgende Rechtsbegehren:

- «1. Die Gesuchsgegnerin sei richterlich zu verpflichten, der Gesuchstellerin die sich in der Liegenschaft an der X.\_\_\_strasse, Y., befindlichen Maschinen
  - Keppler HDC 4000 mit Starttisch und integriertem Rundtisch Nr. 020003, Steuerung Heidenhain iTNC 530, NC-Schwenkkopf sowie Spindel HSK 100 mit 12'000 U/min und 200Nm (im Folgenden: Maschine Keppler HDC 4000)und
  - DECKEL MAHO, Universal-Fräsmaschine DMU 50, Nr. 11415552184, Verfahrenweg X/Y/Z 500/450/400 mm, 24 m/min Eilgang, Drehzahlbereich bis 10'000 U/min, mit Werkzeugmagazin (30 Magazinplätze vollständig bestückt), Späneförderer, Beistelltisch, Werkzeugwagen inkl. Werkzeugen, Schraubstock GRESSEL, Maschinenfüssen und Maschinendokumentation/Wartungsprotokollen (im Folgende: Maschine DECKEL MAHO)sofort herauszugeben.
2. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin lediglich die Maschine Keppler HDC 4000 sofort herauszugeben.
3. Die Gesuchstellerin sei zu berechtigen, bei Widerhandlung der Gesuchsgegnerin gegen die richterliche Verpflichtung gemäss Ziffer 1 bzw. eventualiter Ziffer 2 die polizeiliche Hilfe zur Durchsetzung ihres Rechts in Anspruch zu nehmen.
4. Der Gesuchsgegnerin sei bei Widerhandlung gegen die richterliche Verpflichtung gemäss Ziffer 1 bzw. eventualiter Ziffer 2 eine Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung aufzuerlegen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin. »

### **B.**

Mit Entscheid ZE 19 35 vom 2. Mai 2019 erkannte das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht:

- «1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten betragen Fr. 10'000.00, werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet und sind bezahlt.

3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'877.70 (Honorar Fr. 10'000.00, Pauschalspesen Fr. 100.00 und Mehrwertsteuer Fr. 777.70) zu vergüten.
4. Rechtsanwalt lic. iur. Patrick Iten wird mit diesem Urteil die Stellungnahme vom 8. April 2019 sowie die dazu eingereichten Belege GG 1 bis 4 gemäss separatem Verzeichnis in Kopie zur Orientierung zugestellt.
- [5. Zustellung]»

### **C.**

Mit Berufung vom 27. Mai 2019 beantragte die Berufungsklägerin:

- «1. Das Urteil der Einzelrichterin am Kantonsgericht Nidwalden vom 02.05.2019 sei aufzuheben und das Gesuch der Berufungsklägerin vom 21.02.2019 in den Ziffern 1 und 3 - 5 gutzuheissen.
2. Eventualiter sei das angefochtene Urteil vom 02.05.2019 aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten, eventualiter des Kantons Nidwalden.»

Der Gerichtskostenvorschuss über Fr. 2'000.– wurde fristgerecht einbezahlt.

### **D.**

Mit Berufungsantwort vom 21. Juni 2019 beantragte die Berufungsbeklagte:

- «1. Die Berufung sei abzuweisen und das angefochtene Urteil sei zu bestätigen.
2. Eventualiter sei das Gesuch in der Sache abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.»

### **E.**

Es wurde kein zweiter Rechtsschriftenwechsel durchgeführt. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung, beurteilte die Streitsache an seiner Sitzung vom 29. August 2019 und erkannte mit Entscheid ZA 19 12:

- «1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositivziffer 2 und 3 des Entscheids des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 2. Mai 2019 aufgehoben und lauten neu:
  - «2. Die Gerichtskosten betragen Fr. 3'000.00 werden in diesem Umfang mit dem vom von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 10'000.00 verrechnet und sind bezahlt.

Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, der Gesuchstellerin die Vorschussrestanz von Fr. 7'000.00 nach Rechtskraft des Entscheids zurückzuerstatten.

3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 7'100.00 (Honorar Fr. 7'000.00 und Auslagenentschädigung Fr. 100.00) zu vergüten.»
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und der Entscheid des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 2. Mai 2019 bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren betragen Fr. 2'000.00 und werden im Umfang von Fr. 1'500.00 ( $\frac{3}{4}$ ) der Berufungsklägerin und im Umfang von Fr. 500.00 ( $\frac{1}{4}$ ) dem Staat auferlegt.  
Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, der Berufungsklägerin die Vorschussrestanz von Fr. 500.00 nach Rechtskraft des Entscheids zurückzuerstatten.
4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 8'500.00 zu bezahlen.
- [5. Zustellung]»

## **F.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 10. Dezember 2019 beantragte die Berufungsklägerin vor Bundesgericht, dass der Entscheid ZA 19 12 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuentscheidung zurückzuweisen sei, eventualiter Dispositiv-Ziff. 4 des Entscheids ZA 19 12 aufzuheben und die Berufungsklägerin zu verpflichten sei, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 6'375.– zu bezahlen.

Mit Entscheid 5A\_1004/2019 vom 22. September 2020 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob den Entscheid ZA 19 12 des Obergerichts auf und wies die Sache zur Behandlung im Sinne der Erwägungen zurück (Dispositiv-Ziff. 1). Es erhob keine Gerichtskosten (Ziff. 2) und verpflichtete den Kanton, den Rechtsbeistand der Berufungsklägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.– zu entschädigen (Ziff. 3).

## **G.**

Weitere Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt. Das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung, beurteilte die Sache auf dem Zirkularweg. Auf die Partei- und vorinstanzlichen Vorbringen sowie auf die bundesgerichtlichen Erwägungen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Die örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit des Obergerichts Nidwalden, Zivilabteilung, als bundesgerichtliche Vorinstanz und Adressat des Rückweisungsentscheids ist ohne Weiteres gegeben.

### **2.**

Bei einer Rückweisung sind die entscheidungswesentlichen Erwägungen des Bundesgerichts für die Vorinstanz verbindlich. Die mit dem neuen Entscheid befasste kantonale Instanz hat ihrem Urteil die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, mit der die Rückweisung begründet wird. Jene bindet auch das Bundesgericht, falls ihm die Sache erneut unterbreitet wird. Aufgrund dieser Bindungswirkung ist es den erneut mit der Sache befassten Gerichten wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Überprüfung einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen wurden. Der neue Entscheid der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1 S. 335 f.; BGer 5A\_785/2016 vom 2. Februar 2017 E. 1.2 mit Hinweisen; JOHANNA DORMANN, in: Basler Kommentar BGG, 3. A. 2018, N. 18 zu Art. 107 BGG). Auf die Einholung von Vernehmlassungen kann somit verzichtet werden.

### **3.**

Das Bundesgericht erwog in seinem Entscheid 5A\_1004/2019 vom 22. September 2020 Folgendes:

## **«2.2**

### **2.2.1**

In der vorliegenden Angelegenheit beanstandet die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht, dass das erstinstanzliche Urteil mangels Bezeichnung der mitwirkenden Gerichtsschreiberin oder des mitwirkenden Gerichtsschreibers den Anforderungen nach Art. 238 lit. a und lit. h ZPO und Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Nidwalden vom 9. Juni 2010 über die Gerichte und Justizbehörden (NR [recte: NG] 261.1; nachfolgend: GerG) nicht genüge.

Art. 238 ZPO legt fest, dass ein Entscheid unter anderem die Bezeichnung und die Zusammensetzung (lit. a) sowie die Unterschrift des Gerichts (lit. h) enthalten muss. Gemäss Art. 5 Abs. 1 GerG wirken die Gerichtsschreiberin und der Gerichtsschreiber bei der Instruktion der Fälle und bei der Entscheidfindung mit; sie haben beratende Stimme.

Darüber hinaus rügt die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht infolge fehlerhafter Gerichtsbesetzung zusätzlich die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK.

### **2.2.2**

Das Obergericht erwog im angefochtenen Entscheid, die Beschwerdeführerin hätte sich zur Prüfung bzw. Geltendmachung von Ausstandsgründen an die urteilende Instanz, also das Kantonsgericht, wenden müssen. Im Weiteren würde eine Rückweisung an die Erstinstanz wegen einer fehlenden Unterschrift der Gerichtsschreibenden überspitzten Formalismus darstellen, da es sich hierbei um einen offensichtlichen Fehler handle bzw. die Unterzeichnung durch den Gerichtsschreibenden offensichtlich vergessen ging.

### **2.2.3**

Demgegenüber erklärte das Kantonsgericht vor Bundesgericht, die Bezeichnung und Unterschrift einer Gerichtsschreiberperson fehle im besagten Entscheid, da gar keine Gerichtsschreiberin bzw. kein Gerichtsschreiber im betreffenden Verfahren mitgewirkt habe.

### **2.2.4**

Auch das Obergericht erläuterte daraufhin, dass Art. 5 Abs. 1 GerG bislang nicht in demjenigen Sinne interpretiert worden sei, als dass bei allen Verfahren und Urteilen zwingend eine Gerichtsschreiberin oder ein Gerichtsschreiber mitwirken müsse, wobei es «um unnötige Wiederholungen zu vermeiden» auf die kantonsgerichtliche Stellungnahme verwies.

## **2.3**

Im Lichte der Stellungnahmen des Obergerichts und des Kantonsgerichts wird deutlich, dass der angefochtene Entscheid in Bezug auf die Frage, ob bei der Entscheidfindung eine

Gerichtsschreiberperson mitgewirkt hat bzw. ob sich dieser Umstand mit dem kantonalen Recht vereinbaren lässt, einen fehlerhaften Sachverhalt aufweist. So ging das Obergericht in seinem Entscheid davon aus, dass eine Gerichtsschreiberin oder ein Gerichtsschreiber im erstinstanzlichen Verfahren mitgewirkt hatte. Es bezeichnete die fehlende Unterschrift als «offensichtlichen Fehler»; die Unterzeichnung durch die Gerichtsschreiberperson sei «offensichtlich vergessen» gegangen (vgl. E. 2.2.2). Dies steht in diametralem Widerspruch zu den obergerichtlichen Äusserungen vor Bundesgericht (vgl. E. 2.2.4). Unter diesen Umständen kann das Bundesgericht die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids nicht prüfen (vgl. E. 2.1). Der besagte Entscheid ist mithin aufzuheben und die Angelegenheit zu neuer Entscheidung unter Berücksichtigung der Vorgaben von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG an das Obergericht zurückzuweisen. Das Obergericht wird somit zur Frage der Vereinbarkeit des erstinstanzlichen Verfahrens, namentlich der Entscheidungsfindung ohne Gerichtsschreiberin bzw. Gerichtsschreiber, mit dem kantonalen Recht festhalten müssen, von welchem Sachverhalt es ausgeht und welche rechtlichen Überlegungen es dabei anstellt.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin nicht zu behandeln.»

#### **4.**

Das Obergericht erwog in seinem Entscheid ZA 19 12 vom 29. August 2019, eine Rückweisung an die Vorinstanz wegen einer fehlenden Unterschrift einer Gerichtsschreiberperson stelle überspitzten Formalismus dar, da es sich hierbei um einen offensichtlichen Fehler gehandelt habe bzw. die Unterzeichnung durch die Gerichtsschreiberperson offensichtlich vergessen gegangen sei (damalige E. 2.3.3). In ihrer bundesgerichtlichen Stellungnahme vom 29. Mai 2020 liess sich die Vorinstanz hingegen dahingehend vernehmen, dass es ihrer Praxis entspreche, Entscheide des Einzelgerichts auch ohne Mitwirkung einer Gerichtsschreiberperson zu fällen. Da kein Gerichtsschreiber am Entscheid mitgewirkt habe, habe auch keiner unterschrieben.

Das Obergericht befand sich somit bei der Beurteilung der Sache ZA 19 12 in einem Sachverhaltsirrtum, indem es fälschlich von einem Versehen der Vorinstanz ausging. Es fragt sich folglich, ob die vorinstanzliche Praxis rechtmässig ist. Dies wird von der Vorinstanz und der Berufungsbeklagten bejaht, von der Berufungsklägerin indes verneint.

## **5.**

### **5.1**

Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt (Art. 30 Abs. 1 BV [SR 101]). Die Regelung will verhindern, dass Gerichte eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden. Die Rechtsprechung soll auch nicht durch eine gezielte Auswahl der Richter im Einzelfall beeinflusst werden können. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters. Besteht eine Behörde aus einer bestimmten Zahl von Mitgliedern, so müssen – unter Vorbehalt einer abweichenden gesetzlichen Regelung – alle am Entscheid mitwirken. Die Behörde, welche in unvollständiger Besetzung entscheidet, begeht eine formelle Rechtsverweigerung. Wenn einzelne Mitglieder aus triftigem Grund in den Ausstand treten müssen, sind sie, soweit möglich, zu ersetzen. Jeder Verfahrensbeteiligte hat Anspruch darauf, dass die Behörde richtig zusammengesetzt ist, vollständig und ohne Anwesenheit Unbefugter entscheidet (BGE 137 I 340 E. 2.2.1 S. 342 mit Hinweisen). Die Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV sind auch auf den/die Gerichtsschreiber/in einer richterlichen Behörde anwendbar, sofern sie an der Willensbildung des Spruchkörpers beispielsweise durch ihre beratende Funktion mitwirken (BGer 2C\_89/2019 vom 22. August 2019 E. 5.2; 1C\_517/2018 vom 4. April 2019 E. 2.1; je mit Hinweisen). Dies ist der Fall, wenn sie im Hinblick auf ihre Redaktionstätigkeit an der Beratung teilnehmen und ihre Auffassung äussern können, weil sie so, auch wenn sie nicht stimmberechtigt sind, unter Umständen auf den Entscheid des Gerichts Einfluss nehmen können (BGer 5A\_523/2014 vom 13. Januar 2015 E. 2.2 mit Hinweisen). Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter gemäss Art. 30 Abs. 1 BV wird namentlich verletzt, wenn ein Gericht in kleinerer als der vorgesehenen Besetzung oder in Überbesetzung urteilt, wenn ein Entscheid ohne Mitwirkung der Kammer einzelrichterlich ergeht oder wenn das Gericht unter Ausschluss des Gerichtsschreibers entscheidet (GEROLD STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, 3. A. 2014, N. 12 zu Art. 30 BV).

## **5.2**

### **5.2.1**

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts ist Sache des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV). Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Abs. 2). Die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden ist Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 3 ZPO [SR 272]). Der Kanton Nidwalden regelt die Organisation seiner Gerichte und Justizbehörden im Gerichtsgesetz (GerG [NG 261.1]).

### **5.2.2**

Aus gesetzessystematischer Sicht werden die Gerichte im II. Kapitel des GerG behandelt, mithin in Art. 3–39 GerG.

Die Allgemeine Bestimmungen zu den Gerichten finden sich in Art. 3–5 GerG (II. Kapitel, Unterkapitel A). Als Gerichte bestehen das Kantonsgericht, das Obergericht und das Verwaltungsgericht (Art. 3 Abs. 1 GerG). Die Gerichte bestehen aus mehreren Abteilungen und können als Kollegial- und Einzelgericht tätig sein (Abs. 2). Die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber wirken bei der Instruktion der Fälle und bei der Entscheidungsfindung mit (Art. 5 Abs. 1, erster Satz GerG). Sie haben beratende Stimme (Abs. 1, zweiter Satz) und erarbeiten unter der Verantwortung eines Richters Referate und redigieren die Entscheide der Gerichte (Abs. 2).

Das Kantonsgericht als eines der Gerichte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GerG wird in den Art. 6–19 GerG genauer geregelt (II. Kapitel, Unterkapitel B). Es ist das erstinstanzliche Gericht in Zivil- und Strafsachen (Art. 6 GerG). Es besteht aus drei bis fünf Präsidenten oder Präsidentinnen (Präsidien) und sechs weiteren Mitgliedern (Art. 7 Abs. 1 GerG). Das Kantonsgericht entscheidet in Dreierbesetzung als Kollegialgericht; vorbehalten sind die dem Einzelgericht zugewiesenen Geschäfte (Art. 8 GerG). In erstinstanzlichen Zivilsachen wird die Zuständigkeit des Einzelgerichts in Art. 12 GerG, diejenige des Kollegialgerichts in Art. 13 GerG geregelt. Zu den Zuständigkeiten des Einzelgerichts gehört namentlich der vorliegend interessierende Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO (Art. 12 Ziff. 2 GerG).

Die Verfahrensbestimmungen werden im VI. Kapitel des GerG behandelt, mithin in Art. 67–107 GerG, die dortigen Gemeinsamen Bestimmungen in Art. 67–78 GerG (Unterkapitel A). Zu diesen gehören die Präsidialbefugnisse (Art. 71 GerG) und die Bestimmungen über Beratung (Art. 74 GerG) und Beschlussfassung (Art. 75 GerG). Die Präsidentin oder der Präsident des Gerichts ist zuständig für die Prozessleitung (Art. 71 Abs. 1 GerG). Über die unentgeltliche Rechtspflege, die Verfahrensabschreibung, Beweisabnahmen, Sicherheitsleistungen, genehmigungsbedürftige Vereinbarungen und die Erstattung von Vernehmlassungen kann präsidial entschieden werden (Abs. 2). Die Vorsitzenden der Abteilungen üben im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Befugnisse des Präsidenten aus (Abs. 3). Bei der Beratung muss jedes Mitglied des Gerichts seine Meinung bekanntgeben und kann Anträge stellen (Art. 74 Abs. 1 GerG). Bei allen Gerichten hat die Gerichtsschreiberin oder der Gerichtsschreiber beratende Stimme (Abs. 2). Bei der Beschlussfassung ist jedes Mitglied des Gerichts verpflichtet, sein Stimmrecht auszuüben (Art. 75 Abs. 1 GerG). Die Mehrheit der Stimmen entscheidet; besteht Stimmgleichheit, gilt die Meinung des Vorsitzenden (Abs. 2).

### **5.2.3**

Gerichte – worunter auch das Kantonsgericht fällt (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 GerG) – können als Kollegial- oder als Einzelgericht tätig sein (Art. 3 Abs. 2 GerG). Bei «allen» (sic) Gerichten – und demnach auch beim Einzelgericht – hat die Gerichtsschreiberin oder der Gerichtsschreiber beratende Stimme (Art. 74 Abs. 2 GerG). Dies ergibt sich ebenfalls aus systematischer Sicht und der Einordnung von Art. 5 GerG unter das II. Kapitel («Gerichte»), Unterkapitel A («Allgemeine Bestimmungen»), wonach Gerichtsschreibende bei der Instruktion der Fälle und bei der Entscheidungsfindung mitwirken (Art. 5 Abs. 1, erster Satz GerG) und sie beratende Stimme haben (Abs. 1, zweiter Satz). Für Einzelgerichte, unabhängig welchen Gerichts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GerG, ist keine Ausnahme von der Mitwirkungspflicht eines Gerichtsschreibenden vorgesehen.

Vom Regelfall der tätigen Teilnahme (*participatio actiosa*) der Gerichtsschreibenden bei Beratung (Art. 5 Abs. 1, zweiter Satz, und Art. 74 Abs. 2 GerG), Instruktion der Fälle und Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung (Art. 5 Abs. 1, erster Satz GerG) bei allen Gerichten (Art. 74 Abs. 2 in initio GerG) und damit auch bei Einzelgerichten (Art. 3 Abs. 2 GerG) ist der Ausnahmefall (*lex specialis*) der Präsidialbefugnisse zu unterscheiden. Den Präsidien eines Gerichts – sei es Kollegialgericht, sei es Einzelgericht (Art. 3 Abs. 2 GerG) – kommt die Prozessleitung zu (Art. 71 Abs. 1 GerG). Das Präsidium kann präsidial, d.h. alleine und ohne Mitwirkung eines Gerichtsschreibenden, folglich entgegen dem Grundsatz von Art. 5 Abs. 1

und Art. 74 Abs. 2 GerG, entscheiden über die unentgeltliche Rechtspflege, die Verfahrensabschreibung, Beweisabnahmen, Sicherheitsleistungen, genehmigungsbedürftige Vereinbarungen und die Erstattung von Vernehmlassungen (Art. 71 Abs. 2 GerG). Diese Befugnis kommt auch dem Vorsitzenden der Abteilung im Rahmen seiner Zuständigkeit zu (Abs. 3). Die Befugnis, im Sinne von Art. 71 Abs. 2 GerG präsidial entscheiden zu können, ist nicht verpflichtend («kann»), womit Gerichtsschreibende bei Präsidialentscheiden mitwirken darf, aber nicht muss. Dem Gesetz lassen sich keine Hinweise entnehmen, wonach die Aufzählung der Fälle, in denen ein Präsidialentscheid gemäss Art. 71 Abs. 2 GerG möglich ist, lediglich beispielhaft wäre, denn es fehlen diesbezügliche Begriffe wie «namentlich», «insbesondere» oder «beispielsweise». Es widerspräche auch dem Normzweck von Art. 71 Abs. 2 GerG als *lex specialis*. Demnach ist die Aufzählung in Art. 71 Abs. 2 GerG abschliessend und kann nicht extensiv ausgelegt, d.h. auf weitere Bereiche ausgedehnt, werden.

#### **5.2.4**

«Gericht» und «Präsidium» sind somit voneinander zu unterscheiden, auch wenn im Falle eines Einzelgerichts das Gericht und das Präsidium personell zusammenfallen, indem ein einziger Richter zugleich sowohl Einzelgericht als auch dessen Präsidium ist. Nur im Rahmen der Verfahrensleitung (Art. 71 Abs. 1 GerG) und bei den eng umschriebenen Präsidialentscheiden (Abs. 2) kann demnach von der tätigen Teilnahme eines/einer Gerichtsschreiber/in Umgang genommen werden. In allen übrigen Fällen gilt der gesetzliche Grundsatz, dass eine Gerichtsschreiberin bzw. ein Gerichtsschreiber mitzuwirken hat (Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 74 Abs. 2 GerG).

### **5.3**

#### **5.3.1**

Im vorliegenden Fall ist ein Nichteintretensentscheid streitbefangen (Entscheid ZE 19 35 vom 2. Mai 2019). Es fragt sich folglich, ob auch ein Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 71 Abs. 2 GerG präsidial, mithin ohne Mitwirkung eines Gerichtsschreibers oder einer Gerichtsschreiberin, gefällt werden darf.

### 5.3.2

Präsidial entschieden werden kann über unentgeltliche Rechtspflege, die Verfahrensabschreibung, Beweisabnahmen, Sicherheitsleistungen, genehmigungsbedürftige Vereinbarungen und die Erstattung von Vernehmlassungen (Art. 71 Abs. 2 GerG). Vorliegend kommt ausschliesslich die analoge Anwendung der Verfahrensabschreibung in Frage.

In einem Abschreibungsentscheid wird der Prozess ohne materiellen Streiterledigungsentscheid abgeschlossen, d.h. aufgrund eines Entscheidsurrogats (streit-)gegenstandslos. Dies geschieht namentlich wegen Vergleichs, Klageanerkennung und Klagerückzugs (Art. 241 Abs. 3 ZPO) oder aber aus anderen Gründen (Art. 242 ZPO), wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse eines Klägers nach Eintritt der Rechtshängigkeit definitiv wegfällt, so bei Tod einer Partei während des Scheidungsprozesses, beim Untergang des Streitobjekts bei der Vindikation oder bei Bezahlen der Schuld bei einem Forderungsprozess (JULIA GSCHWEND/DANIEL STECK, in: Basler Kommentar ZPO, 3. A. 2017, N. 8 zu Art. 241 ZPO und N. 5 zu Art. 242 ZPO; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Kurzkommentar ZPO, 2. A. 2014, N. 1 zu Art. 242 ZPO). Ein Entscheidsurrogat hat keine Entscheidqualität im Sinne von Art. 236 ff. ZPO. Damit bildet ein Abschreibungsbeschluss als solcher kein Anfechtungsobjekt, das mit Berufung oder Beschwerde nach ZPO bzw., falls er von einer bundesgerichtlichen Vorinstanz im Sinne von Art. 75 BGG (SR 173.110) ergangen ist, mit der Beschwerde nach BGG angefochten werden könnte. Lediglich der darin enthaltene Kostenentscheid ist selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 und Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Möglich ist jedoch, dass mit dem Rechtsmittel der Revision geltend gemacht wird, das Entscheidsurrogat sei unwirksam (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). Bezüglich materieller oder prozessualer Mängel des Vergleichs ist die Revision primäres ausschliessliches Rechtsmittel (GSCHWEND/STECK, a.a.O., N. 20 zu Art. 241 ZPO).

Ist das Verfahren spruchreif, so wird es durch Sach- oder Nichteintretensentscheid beendet (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Demnach handelt es sich bei einem Sach- und einem Nichteintretensentscheid um einen Endentscheid (Marginalie zu Art. 236 ZPO). Ein Endentscheid ist ein prozesserledigender Entscheid, der das Verfahren innerhalb der damit befassten Instanz vorbehältlich des Rechtszugs an eine höhere Instanz zum Abschluss bringt. Die Verfahrenserledigung mit Endentscheid ist zu unterscheiden von der Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid mittels Entscheidsurrogat nach Art. 241 f. ZPO, denn dort wird das Verfahren nicht durch Gerichtsentscheid, sondern durch Parteierklärung oder Veränderung der prozessualen Ausgangslage herbeigeführt, die den Wegfall des Rechtsschutzinteresses

bewirkt, womit dem Gericht der Erlass einer Abschreibungsverfügung verbleibt. Ein Sachentscheid ist ein Endentscheid, wenn das Gericht materiell über die Begründetheit oder Unbegründetheit entscheidet; er lautet auf Gutheissung, teilweise Gutheissung oder Abweisung der Klage. Beim Nichteintretensentscheid handelt es sich demgegenüber um einen Prozessentscheid. In ihm wird über das Vorhandensein oder Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder über die Frage der gehörigen Einleitung der Klage entschieden. Der Prozessentscheid ist dann ein Endentscheid, wenn eine Prozessvoraussetzung fehlt und das Gericht deshalb einen Nichteintretensentscheid fällt, ohne dass es eine materielle Beurteilung des eingeklagten Anspruchs vornimmt (DANIEL STECK/NORBERT BRUNNER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N 9 f. und 14 f. zu Art. 236 ZPO).

Aus der Unterscheidung zwischen einem Nichteintretensentscheid als Endentscheid und dem Abschreibungsentscheid als Entscheidsurrogat ergibt sich, dass das Präsidium präsidial, d.h. ohne Mitwirkung eines/einer Gerichtsschreiber/in, (u.a.) mittels Entscheidsurrogat ein Verfahren abschreiben kann. Demgegenüber sind Endentscheide – wozu Nichteintretensentscheide gehören (Art. 236 Marginalie sowie Abs. 1 ZPO) – durch ein Gericht zu fällen, sei es durch ein Kollegial-, sei es durch ein Einzelgericht. Bei ausdrücklich «allen» Gerichten indes haben die Gerichtsschreibenden beratende Stimme (Art. 74 Abs. 2 GerG). Mit anderen Worten darf ein Endentscheid im Sinne von Art. 236 ZPO mangels gesetzlicher Grundlage nicht präsidial, d.h. ohne Mitwirkung eines/einer Gerichtsschreibenden, gefällt werden.

### **5.3.3**

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Mai 2020 an das Bundesgericht schrieb die Vorinstanz, sie habe es aufgrund der kantonalen Gesetzgebung nie als notwendig angesehen und ebenso wenig praktiziert, dass Gerichtsschreibende in allen Verfahren und bei allen Entscheiden zwingend miteinbezogen werden müssen. Dies sei ihre ständige Praxis, erst unter kantonaler und dann unter eidgenössischer Zivilprozessordnung. Damit bringt die Vorinstanz sinngemäss vor, ihre bei Endentscheiden bestehende, dem Gesetz und insbesondere Art. 74 Abs. 2 GerG widersprechende Praxis sei durch mehr- oder sogar langjährige Übung rechtmässig geworden, mithin, dass gesetzeswidriges bzw. widergesetzliches Gewohnheitsrecht entstanden sei (*consuetudo contra legem*).

Tatsächlich kennen einige Rechtsordnungen, etwa das katholische Kirchenrecht, die Entstehung von Gewohnheitsrecht, das entgegenstehendes Gesetzesrecht derogiert. Im staatlichen Recht, insbesondere im Bereich der verfassungsmässig geschützten

Verfahrensgrundrechte (Art. 29 und 30–32; STEINMANN, a.a.O., N. 4 zu Art. 29 BV), ist das Entstehen einer Gerichtspraxis, die rechtmässig ist, obschon sie Gesetzen widerspricht, indes nur mit Zurückhaltung anzunehmen.

Die Vorinstanz begründet ihre Praxis – ausser mit deren Dauer – damit, dass dieses Verständnis ihr ermöglicht habe und ermögliche, seit jeher ihre Aufgaben mit einer schlanken und effizienten Gerichtsorganisation zu erfüllen. Sähe man dies anders, «dann müssten sicherlich die Organisation überdacht und die Stellenprozente der Gerichtsschreibenden aufgestockt werden». Mit anderen Worten begründet die Vorinstanz ihre gesetzeswidrige Praxis mit Kosteneffizienz. Dieses Argument ist indes nicht geeignet, ein verfassungsmässig verankertes Verfahrensgrundrecht wie den Anspruch auf einen gesetzlichen Richter gemäss Art. 30 Abs. 1 BV auszuhebeln. Vielmehr hat die Vorinstanz ihre Organisation den gesetzlichen Anforderungen anzupassen und nicht umgekehrt das Gesetz an ihre gerichtsinternen Organisationsformen. Das Entstehen einer *consuetudo contra legem* ist folglich zu verneinen.

#### **5.3.4**

Die Vorinstanz überschritt somit ihre Befugnisse gemäss Art. 71 GerG, als sie den Nichteintretensentscheid präsidial fällte. Es hätte eine Gerichtsschreiberin oder ein Gerichtsschreiber mitwirken müssen.

#### **5.4**

Die Vorinstanz fällte den angefochtenen Nichteintretensentscheid ZE 19 35 vom 2. Mai 2019 nicht in gesetzmässiger Besetzung, d.h. nicht als Einzelgericht einschliesslich beratenden Gerichtsschreibenden gemäss Art. 5 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 12 GerG. Indem die Vorinstanz in einer unvollständigen Besetzung entschied, beging sie eine formelle Rechtsverweigerung und verletzte den verfassungsmässigen Anspruch der Parteien auf einen gesetzlichen Richter gemäss Art. 30 Abs. 1 BV (oben, E. 5.1).

Der Anspruch gemäss Art. 30 Abs. 1 BV ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung desselben, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung an die Vorinstanz führt (BGE 142 I 93 E. 8.3 S. 95 mit Hinweisen).

Es ist nicht ersichtlich, weswegen hiervon abzuweichen oder inwiefern eine Heilung der formellen Rechtsverweigerung im Rechtsmittelverfahren vorzunehmen wäre.

## **6.**

Die Berufung ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ZE 19 35 vom 2. Mai 2019 vollumfänglich aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie wie dargelegt vorgeht und in gehöriger Besetzung (nicht präsidial, sondern Einzelgericht einschliesslich Gerichtsschreibendem) erneut entscheidet.

## **7.**

### **7.1**

Das Bundesgericht verlegte die Kosten- und Entschädigungsfolgen seines Verfahrens 5A\_1004/2019 bereits mit seinem Entscheid vom 22. September 2020; hierüber ist nicht abermals zu befinden.

### **7.2**

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO). Im Entscheid ZA 19 12 wurde der Streitwert auf Fr. 117'827.40 festgesetzt (damalige E. 2.1.5).

Die Berufung war gutzuheissen, und sie hätte bereits im Verfahren ZA 19 12 gutgeheissen werden müssen. Es sind demnach auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Entscheids ZA 19 12 neu zu verlegen. Die Berufungsklägerin obsiegt, womit die Berufungsbeklagte kostenpflichtig wird.

### **7.3**

#### **7.3.1**

Das vorliegende Neubeurteilungsverfahren ZA 20 13 ergeht kostenfrei.

### **7.3.2**

Die Entscheidgebühr vor Obergericht als Berufungsinstanz richtet sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erster Instanz massgebenden Tarif, wird um einen Drittel reduziert, beträgt jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [NG 261.2]). Bei einem Streitwert von Fr. 117'827.40 betragen die Entscheidgebühren des Kantonsgerichts zwischen Fr. 2'500.– und Fr. 6'000.– (Art. 7 Abs. 1 PKoG), womit diejenigen des Obergerichts zwischen Fr. 1'666.65 und Fr. 4'000.– betragen.

Die Entscheidgebühr des Verfahrens ZA 19 4 wurde ermessensweise auf Fr. 2'000.– angesetzt. Aufgrund des damaligen Verfahrensausgangs (teilweise Gutheissung aufgrund Gehörsverletzung durch die Vorinstanz) wurden die Kosten zu drei Vierteln bzw. über Fr. 1'500.– der Berufungsklägerin sowie zu einem Viertel bzw. über Fr. 500.– der Staatskasse auferlegt.

Die Gerichtskosten des Verfahrens ZA 19 12 über Fr. 2'000.– werden in ihrer Höhe bestätigt. Sie sind indes zu drei Vierteln bzw. über Fr. 1'500.– der Berufungsbeklagten und nicht der Berufungsklägerin sowie zu einem Viertel bzw. über Fr. 500.– der Staatskasse aufzuerlegen. Die Gerichtskosten der Berufungsbeklagten werden dem Kostenvorschuss der Berufungsklägerin über Fr. 2'000.– entnommen und sind bezahlt. Die Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 1'500.– intern und direkt zu erstatten. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Berufungsklägerin die Vorschussrestanz von Fr. 500.– nach Rechtskraft dieses Entscheids zurückzuerstatten.

### **7.3.3**

Die Sache wird aus formellen Gründen an die Vorinstanz zurückgewiesen, womit die materielle Begründetheit der Berufung nicht zu prüfen ist. Die Vorinstanz wird folglich bei der erneuten Beurteilung auch über die Kostenfolgen des Verfahrens ZE 19 35 zu entscheiden und hierbei die Streitwertproblematik zu berücksichtigen haben (vgl. die Ausführungen im Entscheid ZA 19 12, E. 2.5.1 und 6.2.1).

## **7.4**

### **7.4.1**

Den Parteien sind für das vorliegende Neubeurteilungsverfahren ZA 20 13 keine Aufwendungen entstanden. Sie sind demnach nicht zu entschädigen.

#### **7.4.2**

Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Das ordentliche Honorar eines Rechtsbeistands beträgt im Berufungsverfahren 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Wert, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). Bei einem Streitwert zwischen Fr. 100'000.– und Fr. 200'000.– betrug der Rahmen des ordentlichen Honorars vor der Vorinstanz Fr. 6'500.– bis Fr. 21'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG), womit der Rahmen vor Obergericht zwischen Fr. 1'300.– und Fr. 12'600.– beträgt.

Als Parteientschädigung für das Verfahren ZA 19 12 wurde der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung über Fr. 8'500.– zuerkannt, entsprechend einem Zeitaufwand von 34 Stunden. Indes ist nicht die Berufungsbeklagte, sondern die Berufungsklägerin zu entschädigen. Der Rechtsbeistand der Berufungsklägerin legte für das Verfahren ZA 19 12 eine Honorarnote über Fr. 12'480.40 ins Recht (Fr. 12'196.– [ordentliches Honorar, 48.784 Industriestunden à Fr. 250.–] + Fr. 284.40 [Auslagen]). Die Berufungsklägerin verzichtet auf einen MWSt-Zuschlag, weil sie die zu bezahlende MWSt als Vorsteuerabzug von ihrer eigenen MWSt-Rechnung abziehen kann (vgl. Art. 54 e contrario PKoG).

Das geltend gemachte ordentliche Honorar über Fr. 12'196.– liegt zwar an sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens gemäss Art. 43 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 PKoG. Indes war ein Rechtsschutz in klaren (!) Fällen gemäss Art. 257 ZPO streitbefangen und es wurde nur ein einziger Schriftenwechsel durchgeführt. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Berufungsschrift von 55 Seiten und ein Aufwand von knapp 49 Stunden als übermässig. Macht eine Partei offensichtlich übersetzte Ansprüche geltend, bemisst sich das Honorar ihres Anwalts nach dem Betrag, der in guten Treuen hätte eingeklagt werden dürfen (Art. 36 PKoG). Ermessensweise (vgl. Art. 2 Abs. 1 PKoG) wird ein Zeitaufwand von 35 Stunden anerkannt. Von den Auslagen über Fr. 284.40 werden diejenigen für Kopien in Höhe von Fr. 279.90 anerkannt. Inwiefern blosse E-Mails bzw. deren Versand «Auslagen» im Sinne von Art. 31 Abs. 1 und Art. 52 f. PKoG darstellen, erschliesst sich nicht und wird auch nicht begründet. Die «Auslagen» für E-Mails über Fr. 4.50 sind folglich abzuziehen. Damit beträgt die Parteientschädigung Fr. 9'029.90 (Fr. 8'750.– [ordentliches Honorar, 35 Stunden à Fr. 250.–] + Fr. 279.90 [Auslagen, Fr. 284.40 ./ Fr. 4.50]).

Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, die Berufungsklägerin für das Verfahren ZA 19 12 mit Fr. 9'029.90 (inkl. Auslagen) zu entschädigen.

### **7.4.3**

Die Vorinstanz wird bei der erneuten Beurteilung auch über die Entschädigungsfolgen des Verfahrens ZE 19 35 zu entscheiden haben.

### **Demnach erkennt das Obergericht:**

1. In Gutheissung der Berufung wird der angefochtene Entscheid ZE 19 35 vom 2. Mai 2019 vollumfänglich aufgehoben. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Neuurteilungsverfahren ergeht kostenfrei.
3. Die Gerichtskosten des Verfahrens ZA 19 12 betragen Fr. 2'000.– und werden zu drei Vierteln bzw. über Fr. 1'500.– der Berufungsbeklagten und zu einem Viertel bzw. über Fr. 500.– der Staatskasse auferlegt.

Die Gerichtskosten der Berufungsbeklagten werden dem Kostenvorschuss der Berufungsklägerin über Fr. 2'000.– entnommen und sind bezahlt. Die Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 1'500.– intern und direkt zu erstatten.

Die Gerichtskasse hat der Berufungsklägerin die Vorschussrestanz von Fr. 500.– nach Rechtskraft dieses Entscheids zurückzuerstatten.

4. Für das Neuurteilungsverfahren ZA 20 13 werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Für das Verfahren ZA 19 12 hat die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin mit Fr. 9'029.90 (inkl. Auslagen) zu entschädigen.
6. Zustellung dieses Urteils an:

Stans, 16. März 2021

#### **OBERGERICHT NIDWALDEN**

##### **Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

Dr. iur. Marius Tongendorff

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG [SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

