

3634

Rechtsmittel gegen eine Abschreibungsverfügung des Vermittlers wegen Säumnis. Gegen eine Abschreibung nach Art. 206 Abs. 1 ZPO steht die Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO offen, falls ein nicht leicht wieder-gutzumachender Nachteil droht.

Vollmacht. Eine Verspätung von 8 Minuten bei der Einreichung einer Vollmacht an der Schlichtungsverhandlung durch einen Rechtsvertreter liegt innerhalb der Toleranzbandbreite (Art. 68 Abs. 3 ZPO, Art. 206 Abs. 1 ZPO).

Sachverhalt:

Die Genossenschaft A. liess am 18. März 2013 beim Vermittleramt K. ein Vermittlungsbegehren, datiert vom 11. März 2013, gegen C1 und C2 in E. betreffend "Baubewilligung/Fahrrecht privatrechtliche Einsprache" einreichen (irrtümlich ging das Vermittlungsbegehren vom 11. März 2013 zuvor beim Kantonsgericht ein). Die Parteien wurden auf den 15. Mai 2013, 10.30 Uhr, zur Vermittlungsverhandlung vorgeladen. Zur Vermittlungsverhandlung vor dem zuständigen Vermittler F. erschienen G. von der Klägerin und deren Rechtsvertreter Fürsprecher B. sowie C1 und C2 und deren Rechtsvertreter RA D. Im „Protokoll der Vermittlungsverhandlung/Verfügung“ des Vermittleramtes Kreis 0 vom 15. Mai 2013 wurde festgestellt, dass die klagende Partei nicht ausreichend bevollmächtigt war und diese Bevollmächtigung innert der anberaumten Zusatzfrist bis 11.00 Uhr auch nicht beigebracht werden konnte (Dispositiv Ziff. 1). Die Klägerin wurde demzufolge als säumig erklärt (Dispositiv Ziff. 2). Das Verfahren wurde gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO als gegenstandslos abgeschrieben (Dispositiv Ziff. 3) und die Kosten des Vermittlungsverfahrens von Fr. 200.00 wurden der Klägerin auferlegt (Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO; Ziff. 4). Dagegen erhob die Klägerin Beschwerde und stellte Antrag, die Verfügung sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung der Vermittlungsverhandlung zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdegegner lassen ausführen, gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO gelte bei Säumnis der klagenden Partei das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen. Nach Art. 208 Abs. 2 ZPO habe ein Klagerückzug die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides. Eine Anfechtung eines Klagerückzugs sei nur mittels Revision möglich. Auf die vorliegende Beschwerde sei deshalb nicht einzutreten. Die Gegenpartei habe bewusst eine Beschwerde eingereicht. Eine Konversion des eingereichten Rechtsmittels sei unter den vorliegenden Umständen nicht (mehr) angezeigt.

Steht gegen die Verfügung des Vermittleramtes K. vom 15. Mai 2013 das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO oder allenfalls ein anderes Rechtsmittel offen? Gegen einen Abschreibungsbeschluss zufolge Vergleichs,

Klageanerkennung oder Klagerückzugs i.S.v. Art. 241 Abs. 3 ZPO ist gestützt auf Art. 241 Abs. 2 und Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO lediglich die Revision nach ZPO möglich (vgl. Urteil BGer 4A_605/2012, E. 1.2 und 1.3). Der Fall der Abschreibung bei Säumnis i.S.v. Art. 206 Abs. 1 ZPO wird hingegen in jenen Bestimmungen nicht geregelt. Die Meinungen in der Literatur über das in diesem Fall zur Verfügung stehende Rechtsmittel waren bis vor kurzem geteilt, wobei sich die allermeisten dafür aussprachen, dass entweder die Berufung oder die Beschwerde möglich sein müsse (u.a. *Annette Dolge*, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: *Annette Dolge* [Hrsg.], *Zivilprozess – aktuell*, S. 52 ff.; Urteil OGer ZH, in: ZR 110 [2011], Nr. 34). Wäre die Berufung zur Verfügung gestanden, hätte die vorliegend als Beschwerde bezeichnete Rechtsmitteleingabe von Amtes wegen, sofern die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt gewesen wären, als Berufung entgegengenommen werden müssen. Es hätte also eine Konversion des Rechtsmittels erfolgen müssen (*Oliver M. Kunz*, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, N 45 zu Vor Art 308 ff.; *Martin H. Sterchi*, *Zivilprozessordnung*, Berner Kommentar, Bern 2012, N 2 zu Art. 311). Weil das Obergericht anlässlich der Beratung vom 29. Oktober 2013 gestützt auf die erwähnten Lehrmeinungen beabsichtigte, die Beschwerde in eine Berufung zu konvertieren, wurde den Beschwerdegegnern die Gelegenheit gegeben, eine Anschlussberufung einzureichen, wovon diese jedoch keinen Gebrauch machten.

Zwischenzeitlich erging zur Frage des Rechtsmittels das klärende Urteil des Bundesgerichts vom 3. September 2013 (Urteil BGer 4A_131/2013, E. 2.2.2.2), worin dieses festhält, die Abschreibung nach Art. 206 Abs. 1 ZPO sei ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO. Eine entsprechende Abschreibungsverfügung stelle eine prozessleitende Verfügung besonderer Art dar und unterstehe nach Massgabe von Art. 319 lit. b ZPO der Beschwerde. Da das Gesetz die Anfechtbarkeit einer Abschreibungsverfügung nach Art. 206 Abs. 1 ZPO nicht vorsehe, stehe die Beschwerde gegen eine solche Verfügung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO offen, wenn durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil könne dem Kläger beispielsweise entstehen, wenn die erneute Einreichung eines Schlichtungsgesuchs verspätet sei, weil infolge des Ablaufs einer Verwirkungsfrist bei Abschreibung des Schlichtungsverfahrens ein materieller Rechtsverlust eingetreten sei.

Aus dem Vermittlungsbegehren vom 11. März 2013 geht zweifelsfrei hervor, dass die Klägerin mit ihrer privatrechtlichen Einsprache gegen das Bau-gesuch der Beklagten die Frist gemäss Art. 60 Abs. 1 Bauverordnung (BauV; bGS 721.11) wahren wollte. Demzufolge ist der vom Bundesgericht verlangte „nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil“ ohne weiteres gegeben und damit das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig.

7. Die Beschwerdeführerin lässt zur Begründung ihrer Beschwerde vorbringen, nach Art. 132 Abs. 1 ZPO seien Mängel, wie fehlende Vollmacht, in- nert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. An der Vermittlungsverhandlung seien seitens der Klägerin sowohl der Leiter der Immobilienverwaltung, als auch der Rechtsvertreter anwesend gewesen. Es wäre angemessen und gerechtfertigt gewesen, die Vermittlungsverhandlung durchzuführen und von der Klägerin zu verlangen, dass sie die schriftliche Vollmacht auf den nächsten Tag nachzureichen habe. Der Vermittler habe der Klägerin eine Frist zur Besorgung der Vollmacht bis 11.00 Uhr angesetzt. Aufgrund der Umstände müsse diese Frist – d.h. bloss eine Viertelstunde – als nicht angemessen bezeichnet werden. Trotzdem sei die Vollmacht um 10.59 Uhr in der Gemeindeverwaltung E. eingetroffen. Die angesetzte Frist sei damit gewahrt worden. Die Uhrzeit auf dem Fax sei mit 10.59 Uhr bezeichnet. Der technisch bezeichneten Uhrzeit des Faxgerätes komme der höhere Beweiswert zu als den freihändig ermittelten Zeiten des Vermittlers.

Die Beschwerdegegner lassen einwenden, RA D. habe gleich zu Beginn der Verhandlung die Einrede erhoben, die Beschwerdeführerin sei nicht rechtsgültig vertreten bzw. sei säumig, da nicht anwesend. Die Verhandlung sei einvernehmlich unterbrochen worden. Erscheine bloss die Begleitperson an der Schlichtungsverhandlung, gelte die nicht persönlich erschienene Partei i.S.v. Art. 206 ZPO als säumig. Nach Art. 68 Abs. 3 ZPO habe sich der Vertreter durch eine Vollmacht auszuweisen. Gemäss BGE 86 I 4 E. 2 bestehe kein allgemeiner Prozessgrundsatz, der dem Richter verbieten würde, die Gültigkeit der Prozesshandlung eines Bevollmächtigten davon abhängig zu machen, dass er die Bevollmächtigung binnen bestimmter Frist auch ohne eine bezügliche Aufforderung des Richters nachzuweisen habe. Die Bemängelung der Beschwerdeführerin betreffend die angeblich zu kurze Nachfrist sei nicht zu hören, da die Parteien damit einverstanden gewesen seien.

Der Vermittler erklärt, weder Herr G. von der Klägerin noch Fürsprecher B. hätten eine Vollmacht vorweisen können, obwohl auf dieses Erfordernis bereits in der Vorladung unmissverständlich hingewiesen worden sei. Der Vermittler habe der Klägerin um 10.42 Uhr erklärt, dass sie bis 11.00 Uhr Zeit habe, die notwendige Vollmacht per Fax anzufordern. Gemäss aktueller Zeit sei die Vollmacht um 11.08 Uhr hereingekommen, und nicht wie auf dem Fax aufgeführt um 10.59 Uhr.

Vorab ist auf die Erscheinungspflicht einzugehen. Grundsätzlich müssen die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen (Art. 204 Abs. 1 ZPO). Bei einer juristischen Person müsste dies eine laut Handelsregister zeichnungsberechtigte oder eine handlungsbevollmächtigte Person mit Prozessführungs-Vollmacht nach Art. 462 Abs. 2 OR sein. Nach Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO muss nicht persönlich erscheinen und kann sich vertreten lassen, wer ausserkantonalen Wohnsitz hat. Bei juristischen Personen bezieht sich Bst. a auf den Geschäftssitz. Bestehen neben der Hauptniederlassung

Zweigniederlassungen, so erfolgt die Befreiung von der Erscheinungspflicht nur dann, wenn keiner dieser Geschäftssitze in demjenigen Kanton liegt, in dem das Schlichtungsverfahren stattfindet (*Alvarez/Peter*, Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 7 zu Art. 204). Laut Handelsregisterauszug befindet sich der Sitz der Genossenschaft A. in G., Kanton St.Gallen; im Kanton Appenzell Ausser rhoden hat sie keine Zweigniederlassung. Die Genossenschaft A. durfte sich demnach gestützt auf lit. a von Art. 204 Abs. 3 ZPO vertreten lassen, womit die Behauptung des Rechtsvertreters der Beschwerdegegner fehl geht, wonach allein schon aus dem Grund Säumnis vorgelegen habe, weil die Genossenschaft A. nicht persönlich erschienen sei bzw. deren Vertreter keine Vollmacht habe vorweisen können.

Vor Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 hielt der ursprünglich anwendbare Art. 60 Abs. 3 Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A. Rh. (bGS 231.1) fest, dass die Vollmacht von Anwälten vermutet werde. Gestützt auf den heute geltenden Art. 68 Abs. 3 ZPO hat sich der Anwalt durch eine Vollmacht auszuweisen. Das Vorhandensein einer gültigen Vollmacht ist Prozessvoraussetzung und als solche von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO; *Martin H. Sterchi*, a.a.O., N 13 zu Art. 68). Im Vermittlungsverfahren ist die Vollmacht spätestens an der Schlichtungsverhandlung vorzulegen (*Dolge/Infanger*, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, S. 38). Eine Partei gilt als säumig, wenn an deren Stelle eine zur Prozessvertretung nicht befugte Person erscheint (*Nina J. Frei*, Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 1 zu Art. 147; *Alvarez/Peter*, a.a.O., N 6 zu Art. 206). Ohne gültige Vollmacht vorgenommene Prozesshandlungen eines Vertreters sind nicht ohne weiteres nichtig; die vollmachtlos vertretene Partei kann sie von sich aus nachträglich genehmigen. Droht der vertretenen Partei ein Rechtsverlust (insb. wegen Fristablaufs), ist ihr eine angemessene (in der Regel kurze) Frist zur Behebung des Mangels anzusetzen, unter Androhung der sich im Fall der Nichtbeachtung ergebenden prozessualen Folgen (*Martin H. Sterchi*, a.a.O., N 16 zu Art. 68). Vorliegend wurde der klägerischen Partei Frist bis 11.00 Uhr angesetzt, um „die notwendige Vollmacht per Fax anzufordern“. Ist diese Frist angemessen lang oder hätte sie beispielsweise auch bis zum Folgetag oder länger dauern können? Für letzteres spricht sich das Kantonsgericht Graubünden in seinem Entscheid vom 17. Januar 2013 (ZK1 12 68, E. 3b), aus. Dies kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen zum Fristende offen gelassen werden. Anzufügen bleibt lediglich Folgendes: Um nicht in überspitzten Formalismus zu verfallen, hätte bei der Fristansetzung mitberücksichtigt werden müssen, dass Fürsprecher B. die Rechtsschriften an die Schlichtungsbehörde verfasst hatte und offensichtlich mit der Streitsache vertraut gewesen war. Ausserdem wurde er von einem Mitarbeiter der Klägerin begleitet.

Entgegen verschiedener kantonaler Gesetzesbestimmungen sieht die schweizerische ZPO bei nicht pünktlichem Erscheinen zur Verhandlung keine

Respektstunde vor. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus und dem Verhältnismässigkeitsgebot ist aber abzuleiten, dass kleinere Verspätungen von Parteien von ca. 30 Minuten zu tolerieren sind (*Nina J. Frei*, a.a.O., N 8 zu Art. 147). Nach Meinung des Obergerichts muss gestützt auf den Wortlaut von Art. 147 Abs. 1 ZPO eine gewisse zeitliche Toleranz nicht nur bezüglich des Erscheinens zur Schlichtungsverhandlung, sondern auch für die Vornahme einer Prozesshandlung, wie in casu die fristgerechte Beibringung einer Vollmacht, gelten. Auch Dolge/Infanger (a.a.O., S. 127) sind der Ansicht, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass die Schlichtungsbehörde einige Minuten zuwartet bis sie das Säumnisverfahren durchführt. Niccolò Gozzi (Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 9 zu Art. 147) hält dafür, dass Verspätungen der Parteien bis zu 15 Minuten an gerichtlichen Terminen toleriert werden sollen. Leuenberger/Uffer-Tobler (Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 8.56) sowie Paul Oberhammer (in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A., Basel 2013, N 2 zu Art. 206) sind für 30 Minuten. Nachdem die verlangte Vollmacht per Fax zwischen 10.59 Uhr (Beschwerdeführerin) und 11.08 Uhr (Vermittleramt K.) eingetroffen ist, beträgt die „Verspätung“ bei der Einreichung der Vollmacht durch Fürsprecher B. im Maximum 8 Minuten. Eine Verspätung in dieser Grössenordnung liegt gestützt auf die vorausgeführten Lehrmeinungen absolut innerhalb der Toleranzbandbreite. Dies hat zur Folge, dass der Rechtsvertreter der Klägerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 15. Mai 2013 ausreichend bevollmächtigt und demzufolge zur Vertretung der Klägerin befugt war. Der Vermittler hat somit zu Unrecht die Klägerin als säumig i.S.v. Art. 206 Abs. 1 ZPO erklärt und das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO ist die angefochtene Verfügung des Vermittleramtes K. vom 15. Mai 2013 aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung einer Vermittlungsverhandlung an das Vermittleramt K. zurückzuweisen.

OGer, 25.03.2014

Das Bundesgericht trat am 19. November 2014 auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde nicht ein (Urteil BGer 5A_597/2014).

3635

Art und Weise der Durchführung der Schlichtungsverhandlung. Die Behörde ist frei, in welcher Weise sie versuchen will, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen (vgl. Art. 201 Abs. 1 ZPO).