

Beschluss vom 30. März 2017

ZK2 2017 3

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
a.o. Gerichtsschreiberin MLaw Larissa Killer.

In Sachen **Bezirk Einsiedeln**, Postfach 161, Hauptstrasse 78, 8840 Einsiedeln,
Kläger und Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

gegen

1. **A. _____ AG,**

2. **C. _____ AG**

Beklagte und Beschwerdegegnerinnen,

betreffend Abschreibung des Schlichtungsverfahrens bei Vorbehalt der Wiedereinbringung der Klage
(Beschwerde gegen die Verfügung der Schlichtungsbehörde Einsiedeln vom 28. Dezember 2016, EK 2016 21);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) Der Bezirk Einsiedeln (nachfolgend: Beschwerdeführer) reichte am 30. Mai 2016 ein Schlichtungsgesuch beim Vermittleramt Einsiedeln ein und machte gegenüber der A. _____ AG und der C. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegner) Ansprüche aus einem Werkvertrag geltend (Vi-act 1). Am 27. Dezember 2016 reichte der Beschwerdeführer die aussergerichtliche Vereinbarung der Parteien vom 13./27. Dezember 2016 ins Recht und ersuchte um Abschreibung des Verfahrens (Vi-act. 9). Mit Verfügung vom 28. Dezember 2016 schrieb der Vermittler der Schlichtungsbehörde Einsiedeln die Klage infolge Klagerückzugs als erledigt am Protokoll ab und auferlegte die Vermittlerkosten von Fr. 500.00 der Klägerin (KG-act. 1/1).

b) Gegen die Verfügung vom 28. Dezember 2016 reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 9. Januar 2017 „Berufung“ mit folgenden Rechtsbehörden ein (KG-act. 1):

1. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung der Schlichtungsbehörde Einsiedeln vom 28. Dezember 2016 sei aufzuheben.
2. Das Schlichtungsgesuch bzw. die Klage sei infolge Schlichtungs-/Klagerückzugs unter Vorbehalt der Wiedereinbringung als erledigt am Protokoll abzuschreiben. Eventualiter sei die Sache zur entsprechenden Korrektur bzw. Berichtigung an die Schlichtungsbehörde zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

Den Beschwerdegegnern wurde am 11. Januar 2017 Gelegenheit zur Beschwerdeantwort gegeben, worauf sie aber verzichteten (KG-act. 3).

2. Bei der Abschreibungsverfügung handelt es sich um einen „anderen erstinstanzlichen Entscheid“ im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO. Daher ist die Beschwerde zulässig (EGV-SZ 2013, 32; Engler, in: Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2015, Art. 241 ZPO N 12). Die vom Be-

schwerdeführer eingereichte Berufung (KG-act. 1) ist somit als Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO entgegenzunehmen.

3. a) Kommt es gemäss Art. 208 Abs. 1 ZPO zu einer Einigung zwischen den Parteien, so nimmt die Schlichtungsbehörde einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen vorbehaltlosen Klagerückzug zu Protokoll und lässt die Parteien dieses unterzeichnen (Möhler, in: Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2015, Art. 208 ZPO N 2 und 4). Die Parteien können sich während des Schlichtungsverfahrens aber auch aussergerichtlich einigen. Die private Einigung der Parteien entfaltet indessen keine Rechtswirkung, sie muss von der Schlichtungsbehörde ebenfalls protokolliert werden, damit sie in Rechtskraft erwachsen kann (Egli, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2016, Art. 208 ZPO N 9; Gloor/Umbricht Lukas, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar ZPO, 2013, Art. 208 N 9; Möhler, a.a.O., Art. 208 ZPO N 7). Die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides kommt dem Klagerückzug dann nicht zu, wenn die Klage unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen wurde (Infanger, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, Art. 208 ZPO N 13). Das Verfahren muss sodann von der Schlichtungsbehörde formell erledigt werden, indem sie eine Abschreibungsverfügung erlässt (Infanger, a.a.O., Art. 208 ZPO N 4). Der Vorbehalt der Wiedereinbringung ist in die Abschreibungsverfügung aufzunehmen (Infanger, a.a.O., Art. 208 ZPO N 13). Allein die Abschreibungsverfügung als amtliche Feststellung des Entscheidsurrogats bildet die Grundlage für das Vollstreckungsverfahren und gilt als definitiver Rechtsöffnungstitel (Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, Art. 241 ZPO N 21; Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., Art. 241 ZPO N 16). Das Gericht bestätigt damit implizit, dass die Parteidispositionen prozessual gültig und ordnungsgemäss mitgeteilt wurden (Steck, a.a.O., Art. 241 ZPO N 16). Die Abschreibungsverfügung ist deshalb notwendig zur Sicherung der Vollstreckbarkeit des Ent-

scheidsurrogates und aus Beweisgründen (Naegeli/Richers, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., Art. 241 ZPO N 38). Wird ein vorbehaltloser Klagerückzug abgeschrieben, kommt ihm die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids gleich und ihm kann bei erneuter Einbringung der Einwand der *res iudicata* entgegen gehalten werden (Infanger, a.a.O., Art. 208 ZPO N 12).

b) Die Schlichtungsbehörde Einsiedeln nahm die aussergerichtliche Einigung der Parteien mit der Abschreibungsverfügung vom 28. Dezember 2016 zu Protokoll (KG-act. 1). Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung lautet bloss „die Klage wird infolge Klagerückzug als erledigt am Protokoll abgeschrieben.“ Die aussergerichtliche Vereinbarung der Parteien enthält aber in Ziff. 1 den Vorbehalt der Wiedereinbringung (Vi-act. 9). Damit der vorbehaltlose Klagerückzug beim Beschwerdeführer nicht zu einem effektiven Rechtsverlust führen kann, muss der Vorbehalt der Wiedereinbringung in die Abschreibungsverfügung aufgenommen werden.

4. a) Soweit über das Rechtsmittel eine höhere Instanz entscheidet, ist das Rechtsmittel devolutiv. Die Beschwerde an das obere kantonale Gericht ist devolutiv mit der Folge, dass die untere Instanz mit Einreichung der Beschwerde bei der oberen Instanz ihre Zuständigkeit verliert. Damit einher geht das Verbot der unteren Instanz den eröffneten Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen (BGE 125 V 345 E. 2b S. 348 f.; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 308-334 ZPO N 37; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, Nr. 12.7; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2013, N 8 zu § 25; Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 175). Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der

entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 133 II 366 E. 3.2).

b) Mit Verfügung vom 13. Januar 2016 [recte: 13. Januar 2017] zog die Schlichtungsbehörde Einsiedeln die Verfügung vom 28. Dezember 2016 in Wiedererwägung und nahm in Dispositiv Ziffer 1 den Vorbehalt der Wiedereinbringung auf (KG-act. 5/1). Dies geschah nach der gegen die Verfügung vom 28. Dezember 2016 erhobenen Beschwerde vom 9. Januar 2017 (KG-act. 1), mithin nachdem die Zuständigkeit im Zeitpunkt der Wiedererwägung bereits auf die kantonale Rechtsmittelinstanz übergegangen war. Die Verfügung vom 13. Januar 2016 [recte: 13. Januar 2017] ist somit mangels funktioneller Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde Einsiedeln nichtig.

5. Zusammenfassend ist die Berufung als Beschwerde entgegenzunehmen. In Gutheissung der Beschwerde ist Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung vom 28. Dezember 2016 aufzuheben. Von Amtes wegen und vollumfänglich aufzuheben ist sodann die Verfügung vom 13. Januar 2016 [recte: 2017]. Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung vom 28. Dezember 2016 ist wie folgt zu ersetzen: Die Klage wird infolge Klagerückzug unter Vorbehalt der Wiedereinbringung abgeschrieben.

6. a) Da keine Partei die fehlerhafte Verfügung vom 28. Dezember 2016 zu vertreten hat, rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Kantonsgerichtskasse zu nehmen (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO). Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes bietet Art. 107 Abs. 2 ZPO grundsätzlich keine Grundlage dafür, einen Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten (vgl. BGE 140 III 385 E. 4.1 S. 389). Im Kanton Schwyz sind laut § 83 Abs. 2 JG Kosten, die keine Partei veranlasste oder die durch einen offensichtlichen Fehlentscheid entstanden sind, in der Regel der Gerichtskasse aufzuerlegen. Unter ausserordentlichen Umständen kann es sich rechtfertigen, gestützt auf § 83 Abs. 2 JG nicht nur die Gerichtskosten, sondern aus-

nahmsweise auch eine Parteientschädigung der Gerichtskasse zu belasten (vgl. auch BGE 140 III 385, E. 4.1 mit Verweisen). Diese Kostenverteilung rechtfertigt sich dann, wenn die korrigierte Verfügung allein auf einen Fehler der Behörde bzw. des Gerichts und nicht auf einen Parteiantrag zurückgeht und wenn sich im Rechtsmittelverfahren auch der Rechtsmittelgegner nicht mit dieser Entscheidung identifiziert (Rüegg, a.a.O., N 5 zu Art. 106 ZPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weshalb der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer aus der Staatskasse zu entschädigen ist.

b) Im Beschwerdeverfahren beläuft sich das Honorar auf Fr. 180.00 bis Fr. 2'400.00 (§ 12 GebTRA). Innerhalb dieses Tarifrahmens bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 GebTRA). Der Beklagte reichte keine Kostennote ein, weshalb das Honorar nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen ist (§ 6 GebTRA). Unter Berücksichtigung der genannten Grundsätze und Tarife, der nicht umfangreichen Aktenlage sowie des geringen Umfangs der Beschwerdeschrift erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 500.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) als angemessen;-

beschlossen:

1. Die Berufung wird als Beschwerde entgegengenommen.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung vom 28. Dezember 2016 der Schlichtungsbehörde Einsiedeln aufgehoben und wie folgt ersetzt:

1. Die Klage wird infolge Klagerückzug unter Vorbehalt der Wiedereinbringung abgeschrieben.

Die Verfügung vom 13. Januar 2016 [recte: 2017] der Schlichtungsbehörde Einsiedeln wird von Amtes wegen vollumfänglich aufgehoben.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'000.00 werden auf die Staatskasse genommen. Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00 von der Kantonsgerichtskasse zurückerstattet.
4. Der Beklagte wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 500.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) aus der Kantonsgerichtskasse entschädigt.
5. 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.

6. Zufertigung an Rechtsanwalt B. _____ (2/R), an die A. _____ AG (1/R), an die C. _____ AG (1/R), an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Die a.o. Gerichtsschreiberin

Versand

3. April 2017 nsc