

## Beschluss vom 2. Mai 2018

ZK2 2017 74

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,  
Kantonsrichter Bettina Krienbühl und Walter Christen,  
Gerichtsschreiber lic. iur. Mathis Bösch.

In Sachen **A.** \_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller und Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_,

gegen

**C.** \_\_\_\_\_ **AG**,  
Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch die D. \_\_\_\_\_,  
diese wiederum vertreten durch Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_,

betreffend Urteilsvorschlag vom 1. Mai 2017 (Forderung)  
(Beschwerde gegen die Verfügung des Vermittleramtes Schwyz vom 24. August 2017, SSZ 2017 46);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. A. \_\_\_\_\_ wohnt seit dem 1. März 2017 an der F. \_\_\_\_\_ strasse xx in 6423 Seewen. Für ihn stellte die Schuldenberatung Schwyz dem Vermittleramt Schwyz am 28. Juli 2017 den Antrag, das Urteil in der Forderungssache der Parteien aufzuheben und eine neue Sühneverhandlung anzusetzen, weil ihm weder die Verhandlungsvorladung vom 7. April 2017 (Vi-act. 2) noch der Urteilsvorschlag vom 1. Mai 2017 (Vi-act. 3) zugestellt worden sei (Vi-act. 5). Mit Verfügung vom 24. August 2017 lehnte das Vermittleramt den als Revisionsgesuch entgegengenommenen Antrag ab. Es begründete dies im Wesentlichen damit, der Gesuchsteller habe „während der für das Schlichtungsbegehren relevanten Taten“ nachweislich an der Adresse H. \_\_\_\_\_ yy, 6423 Seewen, gewohnt. Weil seine damalige Partnerin weiterhin da wohne, seien die Zustellungen an eine empfangsberechtigte Person im früheren Haushalt des Gesuchstellers erfolgt. Deren Empfangsberechtigung lasse sich daraus ableiten, dass der Gesuchsteller nach seiner Wohnsitzänderung keinen Nachsendeauftrag erteilt habe, womit der Tatbestand der fiktiven Zustellung gemäss Art. 138 ZPO gegeben sei. Selbst bei allfälliger Anerkennung einer falsch adressierten Zustellung gälte es zu beachten, dass Verfahrensfehler keinen ausreichenden Revisionsgrund darstellten. Mit rechtzeitiger Beschwerde ans Kantonsgericht beantragt der Gesuchsteller:

1. Die Verfügung des Vermittleramtes Schwyz vom 24. August 2017 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Urteilsvorschlag des Vermittleramtes Schwyz vom 1. Mai 2017 sei infolge Nichtigkeit aufzuheben.
3. Das Vermittleramt Schwyz sei richterlich anzuweisen, die Parteien zu einer Schlichtungsverhandlung vorzuladen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen.

Das Vermittleramt überwies die Akten unter Verzicht auf eine Vernehmlassung (KG-act. 5). Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (KG-act. 7). Der Be-

schwerdeführer replizierte und hielt an seinen Anträgen fest (KG-act. 9). Die Beschwerdegegnerin liess sich darauf nicht mehr vernehmen.

2. Mangels Ablehnung ist der vorliegende Urteilsvorschlag des Vermittleramtes in Rechtskraft erwachsen (vgl. auch Vi-act. 4: Rechtskraftbescheinigung). Die Revision ist vorliegend dennoch nicht zulässig, da die Geltendmachung der unzulänglichen Zustellung von Vorladung und Urteilsvorschlag nicht revisionsfähige Verfahrensfehler betrifft (vgl. Herzog, BSK, <sup>3</sup>2017, Art. 328 ZPO N 35; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, <sup>2</sup>2014, Art. 328 ZPO N 6). Insofern ist der angefochtene Entscheid im Ergebnis nicht zu beanstanden und der erste Beschwerdeantrag abzuweisen. Offen gelassen werden kann die Frage, ob gegen einen nicht abgelehnten Urteilsvorschlag die Revision überhaupt zulässig wäre (bejahend Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren, 2012, S. 118).

3. Es bleibt zu prüfen, ob der Urteilsvorschlag vom 1. Mai 2017 wie behauptet nichtig und aus diesem Grund aufzuheben ist. Zustellungen sind erfolgt, wenn sie vom Adressaten oder von einer im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16-jährigen Person entgegengenommen wurden (Art. 138 Abs. 2 ZPO) oder am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch eines Einschreibens, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

a) Das Vermittleramt hält fest, die Einschreiben der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung und des Urteilsvorschlags seien nicht abgeholt worden (Vi-act. 6). In den eingereichten Akten des Vermittleramtes ist diese unter den Parteien unbestrittene Tatsache weder durch Retouren noch Postinformationen belegt. Es kann hier jedoch darauf verzichtet werden, das Vermittleramt zu entsprechenden, nicht beantragten Nachweisen aufzufordern. Das Amt räumt in der angefochtenen Verfügung ein, die fraglichen, per Einschreiben und ein zweites Mal mit A-Post aufgegebenen Urkunden (vgl. Art. 136 ZPO)

an den früheren, im Zeitpunkt der Zustellung nicht mehr aktuellen Wohnort des Beschwerdeführers adressiert zu haben. Es anerkennt, nicht beweisen zu können, dass die Vorladung und der Urteilsvorschlag vom Beschwerdeführer, dessen Wohnsitzwechsel per 1. März 2017 amtlich bestätigt und unbestritten ist (vgl. KG-act. 1/8), entgegengenommen worden seien, weshalb es vorbehältlich einer in der Folge offenbar nicht erhältlichen Zustimmung der Beschwerdegegnerin erwog, eine neue Schlichtungsverhandlung durchzuführen (vgl. Vi-act. 6). Somit ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer vom Schlichtungsgesuch keine Kenntnis und damit keine Gelegenheit erhielt, an dem laufenden Schlichtungsverfahren mitzuwirken sowie zum Urteilsvorschlag Stellung zu nehmen bzw. diesen abzulehnen (Art. 211 Abs. 1 ZPO). Auch die Tatsache und der Zeitpunkt der Zustellungen der A-Postsendungen sind abgesehen davon, dass diese die vorgeschriebene, qualifizierte Form nicht erfüllten (Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 136 ZPO), nicht bewiesen.

b) Soweit die Inkassofirma der Beschwerdegegnerin geltend macht, der Beschwerdeführer sei über die Verfahrenseinleitung bzw. über das Fortsetzen des Verfahrens aufgrund ihres Schreibens vom 16. November 2016 (KG-act. 7/5) informiert gewesen, trifft das nicht zu. Es wird bestritten und ist nicht bewiesen, dass dieses Schreiben dem Beschwerdeführer zugestellt wurde. Abgesehen davon ist diesem Schreiben bloss eine Zahlungsfristansetzung und vorbehältlich eines annehmbaren Zahlungsvorschlages die Androhung zu entnehmen, dass ungenützter Fristablauf die Einleitung bzw. Fortsetzung rechtlicher Massnahmen zur Folge habe. Dies erfüllt die Voraussetzungen einer Zustellfiktion nicht, da damit noch kein Verfahren rechtshängig gemacht wurde, in welchem der Beschwerdeführer mit Zustellungen des Vermittleramtes bzw. der Vorladung zu einer Schlichtungsverhandlung rechnen musste (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; ZK2 2013 5 vom 13. November 2013 E. 4 f.; CAN 3-17 Nr. 47 E. 4.4 = plädoyer 5/17 S. 75 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer war aufgrund dieses Schreibens dem Vermittleramt gegenüber also nicht verpflichtet, geeignete Vorkehren für die Zustellbarkeit dessen Post

durch einen allfälligen Nachsendeauftrag oder durch Abmachungen mit seiner ehemaligen Partnerin zu treffen.

Die Annahme des Vermittleramtes, die Ex-Partnerin sei für ihn immer noch empfangsberechtigt gewesen, ist im Übrigen unbegründet, lebte sie doch im Zeitpunkt der Zustellungen nicht mehr im gleichen Haushalt (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Da wie gesagt eine Zustellungsfiktion nicht zulässig ist, darf mangels erforderlicher unterschriftlicher Bestätigung der Entgegennahme der Urkunden ebenfalls nicht angenommen werden, die Ex-Partnerin könnte dem Beschwerdeführer die Abholungseinladungen trotzdem übergeben haben. Selbst wenn der Beschwerdeführer Abholungseinladungen erhalten hätte und diesen nicht gefolgt wäre, könnte die Zustellung der zur Abholung bereit liegenden und schliesslich als nicht abgeholt retournierten Urkunden mangels vorbestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht fingiert werden. Die falschen Zustellungen an die Adresse der Ex-Partnerin des Beschwerdeführers erfolgten schliesslich nicht versehentlich oder weil der Beschwerdeführer dem Vermittleramt eine falsche Adresse angegeben hätte, sondern gestützt auf die unrichtigen Adressangaben der Beschwerdegegnerin im Schlichtungsgesuch.

c) In der Rechtsprechung im Zivilrecht wird Nichtigkeit einer Entscheidung angenommen, wenn die betroffene Person von der Verfahrenseröffnung gar keine Kenntnis und damit keine Gelegenheit erhielt, an einem gegen sie laufenden Verfahren teilzunehmen. Entscheide, die der betroffenen Person nicht eröffnet wurden, entfalten grundsätzlich keine Rechtswirkungen und können nicht vollstreckt werden. Die Nichtigkeit eines staatlichen Aktes ist allerdings nicht leichthin anzunehmen. Sie, d.h. die absolute Unwirksamkeit einer Entscheidung, wird nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Ausser in Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich die Nichtigkeitsfolge vorsieht, ist daher nur von der Nichtigkeit aus-

zugehen, wenn angesichts der Umstände die Möglichkeit der Anfechtung des Aktes nach Treu und Glauben offensichtlich nicht den notwendigen Schutz bietet, was namentlich bei besonders schweren Verfahrensmängeln der Fall sein kann. Eine Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden (BGer 4A\_141/2015 vom 25. Juni 2015 mit zahlreichen Hinweisen).

Vier Tage nachdem der Beschwerdeführer auf dem Betreibungsamt in Kenntnis einer Konkursandrohung sowie des Sühneverfahrens und des Urteils des Vermittleramtes gelangt sein soll, beantragte die von ihm beauftragte Schuldenberatung dem Vermittleramt, den Urteilsvorschlag aufzuheben und eine neue Sühneverhandlung anzusetzen (Vi-act. 5, indes ohne Kopien der Konkursandrohung, der Angaben des Betreibungsamtes und der Adressänderungsmeldung). Es kann hier offen gelassen werden, ob das Schreiben der Schuldenberatung nicht direkt als noch fristgerechte Ablehnung des Urteilsvorschlages im Sinne von Art. 211 Abs. 1 ZPO aufgefasst werden könnte, setzt doch der Vorschlag voraus, dass korrekt zu einer Sühneverhandlung geladen worden ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Vorladung inkl. Schlichtungsbegehren (Art. 202 Abs. 3 ZPO) ist dem Beschwerdeführer, der nicht mit entsprechenden Zustellungen des Vermittleramtes rechnen musste, nicht eröffnet worden. Damit hatte er keine Gelegenheit, persönlich zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen (Art. 204 Abs. 1 ZPO) oder diese im Bewusstsein um die Folgen zu versäumen (Art. 206 Abs. 2 ZPO). Dieser Umstand entzieht auch dem Urteilsvorschlag, der dem Beschwerdeführer ebenfalls nicht eröffnet worden ist und daher von ihm nicht abgelehnt werden konnte, jede Grundlage. Es liegen aufgrund der Tatsache, dass die Entgegennahme der fraglichen Zustellungen durch den Beschwerdeführer weder beleg- noch fingierbar ist, mithin im Sinne der Rechtsprechung offensichtlich schwere Verfahrensfehler mit Nichtigkeitsfolgen vor, gegen die sich der Beschwerdeführer in keiner Weise zur Wehr setzen konnte.

4. Zusammenfassend ist Beschwerdeantrag Ziff. 1 abzuweisen, im Übrigen indes zufolge Nichtigkeit antragsgemäss der Urteilsvorschlag des Vermittleramtes vom 1. Mai 2017 aufzuheben und das Amt anzuweisen, die Parteien zu einer neuen Schlichtungsverhandlung vorzuladen. Ausgangsgemäss hat die mit ihrem Antrag unterliegende Beschwerdegegnerin die Verfahrenskosten zu tragen und den in der Sache vollständig durchdringenden Beschwerdeführer in dieser angesichts des niedrigen Streitwerts von Fr. 514.25 vergleichsweise unwichtigen Streitsache angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 und 107 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO; § 34 GebO sowie §§ 2, 6 und 12 GebTRA);-

**beschlossen:**

1. Beschwerdeantrag Ziff. 1 wird abgewiesen. Im Übrigen wird antragsgemäss der Urteilsvorschlag des Vermittleramtes Schwyz vom 1. Mai 2017 im Sinne der Erwägungen aufgehoben und das Amt angewiesen, die Parteien zu einer neuen Schlichtungsverhandlung vorzuladen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 500.00 werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 500.00 zu entschädigen.

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 514.25.
5. Zufertigung an die Parteivertreter (je 2/R) und das Vermittleramt Schwyz (1/R, mit den Akten 1-7) sowie nach definitiver Erledigung an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer  
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Der Gerichtsschreiber

Versand

4. Mai 2018 kau