

**Art. 143 Satz 3, Art. 178, Art. 354 Ziff. 1 lit. b und Art. 364 ZPO. Gehörige Einleitung der Klage; Mängel des Sühneverfahrens; zulässiges Rechtsmittel (OGE 40/2006/42 vom 28. Dezember 2006)**

Veröffentlichung im Amtsbericht.

*Der Entscheid des Kantonsgerichts darüber, ob die Klage im Rahmen des Sühneverfahrens gehörig eingeleitet worden sei, ist rekursfähig (E. 1b).*

*Blosse, auch schwerwiegende Mängel des Sühneverfahrens stellen die funktionelle Zuständigkeit des Kantonsgerichts nicht in Frage; nur wenn überhaupt kein Sühneverfahren durchgeführt worden ist, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung für die materielle gerichtliche Beurteilung (E. 2).*

*Dass einer Partei die Vorladung zur Sühneverhandlung nicht tatsächlich zugestellt wurde und die Partei deshalb nicht zur Verhandlung erschienen ist, steht als lediglich mangelhafte Durchführung des Sühneverfahrens der funktionellen Zuständigkeit des Kantonsgerichts nicht entgegen (E. 2).*

In einer Ehescheidungssache wies das Friedensrichteramt in der Weisung ans Kantonsgericht darauf hin, dass die Beklagte X. nicht zur Sühneverhandlung erschienen sei; der eingeschriebene Brief mit der Vorladung sei ans Friedensrichteramt zurückgegangen. X. ersuchte das Kantonsgericht, einen Beschluss darüber zu erlassen, ob das Verfahren gehörig eingeleitet worden sei. Das Kantonsgericht beschloss hierauf, das Scheidungsverfahren werde nicht an den Friedensrichter zurückgewiesen, sondern vor Kantonsgericht fortgesetzt. Hiegegen erhob X. Nichtigkeitsbeschwerde ans Obergericht; sie beantragte, den Beschluss aufzuheben und die Sache ans Friedensrichteramt zurückzuweisen. Das Obergericht nahm das Rechtsmittel als Rekurs entgegen und wies diesen ab.

*Aus den Erwägungen:*

1.– Der angefochtene Beschluss enthält keine Rechtsmittelbelehrung. Es fragt sich, ob dagegen dennoch ein Rechtsmittel zulässig sei und gegebenenfalls welches.

a) X. hat ausdrücklich *Nichtigkeitsbeschwerde* erhoben. Auf dieses ausserordentliche Rechtsmittel wird denn auch in der Praxis nicht mit Rechtsmittelbelehrung hingewiesen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gemäss Art. 364 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100) zulässig gegen rechtskräftige Gerichtsentscheide der ersten Instanz, sei es, dass das Gericht endgültig entschieden hat oder dass der Nichtigkeitskläger ohne sein Verschulden erst nach Ablauf der Berufungs- oder Rekursfrist Kenntnis von einem Nichtigkeitsgrund erlangt hat (Abs. 1). Sie ist ausserdem zulässig gegen erstinstanzliche Beschlüsse und Verfügungen, mit denen über vorsorgliche Massnahmen entschieden wurde (Abs. 2).

Anfechtbare Gerichtsentscheide gemäss Art. 364 Abs. 1 ZPO sind nach ständiger Praxis nur *Endentscheide*, wobei hier offengelassen werden kann, ob nur Entscheide in der Sache selbst oder auch andere prozesserledigende Entscheide darunter fallen (im ersteren Sinn *Annette Dolge*, *Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren*, Diss. Zürich 2001, S. 366; vgl. dazu Art. 80 Abs. 2 lit. c der früheren Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 24. März 1876, wonach sich die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen "Urteile" richtete, was in der neuen Kantonsverfassung jedoch nicht übernommen wurde; weitergehend jedenfalls die neuere obergerichtliche Praxis zur Frage der anfechtbaren Endentscheide, etwa bei Nichterreichen des Streitwerts für den Rekurs gegen Erledigungsentscheide [vgl. Art. 354 Ziff. 1 lit. a ZPO]). Die einzigen *Zwischenentscheide*, die mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können, sind gemäss Art. 364 Abs. 2 ZPO die Entscheide über *vorsorgliche Massnahmen*.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Kantonsgericht im Rahmen der *Prozessleitung* die gehörige Einleitung des Streits und damit das Bestehen der entsprechenden Prozessvoraussetzung geprüft (Art. 143 Satz 3 ZPO; vgl. *Dolge*, S. 79, 166 f.). Es handelt sich, da die Rüge von X. verworfen und die Fortsetzung des Verfahrens beschlossen wurde, um einen blossen *Zwischenentscheid*. Da es nicht um vorsorgliche Massnahmen geht, ist die Nichtigkeitsbeschwerde somit ausgeschlossen.

Auf das Rechtsmittel ist daher nicht einzutreten, soweit es formell als Nichtigkeitsbeschwerde zu betrachten ist.

b) Es fragt sich jedoch, ob der *Rekurs* zulässig sei (der einer Nichtigkeitsbeschwerde ohnehin vorgehen würde). Dies ist von Amts wegen zu prüfen (Art. 145 ZPO). Die gegebenenfalls unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels steht dem nicht entgegen.

Auch der Rekurs richtet sich in erster Linie gegen Endentscheide, und zwar gegen nicht berufungsfähige Erledigungsentscheide bei einem Streitwert über Fr. 8'000.–, mit denen nicht in der Sache selbst entschieden wurde (Art. 354 Ziff. 1 lit. a ZPO; vgl. demgegenüber die Berufung gegen Sachurteile gemäss Art. 339 ZPO i.V.m. Art. 73a sowie Art. 73b Abs. 2 lit. a und b ZPO). Er ist aber auch zulässig gegen bestimmte, im Gesetz einzeln aufgeführte Zwischenentscheide, unter anderem gegen erstinstanzliche Entscheide im ordentlichen und beschleunigten Verfahren, mit denen die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts verworfen wurde (Art. 354 Ziff. 1 lit. b ZPO). Es fragt sich, ob der angefochtene Beschluss unter diese Bestimmung falle.

Im seinerzeitigen Beschwerdeentscheid hat das Obergericht noch offengelassen, ob ein erstinstanzlicher Zwischenentscheid über die gehörige Klageeinleitung rekursfähig sei (OGE 41/2006/4 vom 22. September 2006, E. 1b, mit Hinweis auf *Dolge*, S. 167, wonach die Beurteilung der gehörigen Klageeinleitung als solcher nicht rekursfähig sei). Wie es bereits damals festgestellt hat, geht es jedoch bei der vorliegenden Konstellation letztlich um die Frage der funktionellen Zuständigkeit, nämlich darum, ob im Rahmen des Instanzenzugs das Kantonsgericht im derzeitigen Stadium zur Beurteilung der Sache zuständig sei (vgl. *Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 4 N. 46, S. 97). Der (Vor-)Entscheid über diese Frage fällt demnach – allenfalls im Gegensatz zu andern Aspekten der gehörigen Klageeinleitung – unter die rekursfähigen Zwischenentscheide im Sinn von Art. 354 Ziff. 1 lit. b ZPO. Dementsprechend ist das Obergericht in einem Fall, in welchem geltend gemacht worden war, es sei kein Sühneverfahren durchgeführt worden, weshalb das Kantonsgericht nicht auf die Klage eintreten könne, ohne weiteres gestützt auf die genannte Bestimmung auf einen Rekurs eingetreten (OGE vom 21. Oktober 1983 i.S. R.; vgl. Amtsbericht 1983, S. 161 ff.).

Die Rechtsmitteleingabe ... ist somit als Rekurs entgegenzunehmen. ...

2.– Wurde eine Sache im Sühneverfahren unrichtig behandelt, so wird sie nur dann an den Friedensrichter zurückgewiesen, wenn beide Parteien es verlangen (Art. 178 ZPO).

Blosse Mängel des Sühneverfahrens stellen somit die funktionelle Zuständigkeit des Kantonsgerichts nach Einreichung der Weisung grundsätzlich nicht in Frage. Das Gesetz unterscheidet dabei nicht zwischen leichten und schwerwiegenden Mängeln. Auch letztere bilden somit prinzipiell keinen Grund zur Rückweisung des Verfahrens. Nur wenn überhaupt kein Sühneverfahren durchgeführt worden ist, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung für die materielle gerichtliche Beurteilung (vgl. OGE vom 21. Oktober 1983 i.S. R., auszugsweise veröffentlicht im Amtsbericht 1983, S. 161 ff.).

Im vorliegenden Fall hat die Friedensrichterin nach Erhalt der Klageanmeldung die Parteien zur Sühneverhandlung vorgeladen. Der Kläger ist dazu erschienen, die Beklagte – die jetzige Beschwerdeführerin und Rekurrentin – jedoch nicht. Die Vorladung an sie war nicht abgeholt worden, so dass der Brief ans Friedensrichteramt zurückging. Es kann hier offenbleiben, ob unter diesen Umständen – d.h. ohne ersichtliche weitere Vorladungsbemühungen – bereits gesagt werden könnte, die Beklagte habe nicht vorgeladen werden können, weshalb ohne weiteres die Weisung habe ausgestellt werden dürfen (vgl. Art. 158 Abs. 2 ZPO; *Dolge*, S. 74 f.). Angesichts dessen, dass die Sühneverhandlung von der Friedensrichterin tatsächlich eröffnet worden ist und insoweit auch stattfand und dass zumindest der Kläger dazu erschienen ist (vgl. zu den Minimalanforderungen an die Ausstellung der Weisung *Dolge*, S. 71), kann jedenfalls nicht gesagt werden, das Sühneverfahren sei überhaupt nicht durchgeführt worden. Es wurde vielmehr im Grundsatz durchgeführt, wenn auch in dem Sinn allenfalls mangelhaft, dass die Sache bezüglich der Vorladung der Beklagten unrichtig behandelt wurde. Die Situation unterscheidet sich von derjenigen, in welcher der Friedensrichter keinerlei Amtshandlungen zur Eröffnung des Sühneverfahrens unternimmt und mit dem Weisungsformular im Ergebnis lediglich die Scheidungsklage dem Kantonsgericht zur direkten Behandlung überweist.

Die Prozessvoraussetzung des Sühneverfahrens ist demnach grundsätzlich erfüllt. Das Kantonsgericht hat sich daher zu Recht als funktionell zuständig erachtet und die Fortsetzung des bei ihm hängigen Verfahrens angeordnet. Der Rekurs erweist sich somit als unbegründet; er ist abzuweisen.