

**Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 44, Art. 143 Satz 3, Art. 364 sowie Art. 365 Ziff. 6 und Ziff. 7 ZPO. Gehörige Einleitung der Klage im Rahmen des Sühneverfahrens; fiktive Zustellungen nach Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses; rechtliches Gehör (OGE 41/2006/4 vom 22. September 2006)**

Veröffentlichung im Amtsbericht.

*Die friedensrichterliche Weisung ist kein direkt beim Obergericht anfechtbarer erstinstanzlicher Entscheid. Ob das Verfahren gehörig eingeleitet wurde, hat zunächst das erstinstanzliche Gericht zu beurteilen (E. 1b).*

*Eine Empfangspflicht, die bei Nichtabholen einer gerichtlichen Postsendung die Annahme einer fiktiven Zustellung am letzten Tag der Abholfrist zur Folge hat, entsteht erst mit der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses. Dazu muss der betreffenden Person – wenn sie das Verfahren nicht selber eingeleitet hat – die Einleitung des Verfahrens durch den effektiven Vollzug der erstmaligen Zustellung eines gerichtlichen Akts förmlich bekanntgegeben werden. Ein erfolgloser Versuch der Erstzustellung ist daher zu wiederholen; die Zustellung ist gegebenenfalls mit Hilfe der Polizei effektiv zu vollziehen (E. 2b).*

*Ohne vorangegangene effektive Erstzustellung wird die betreffende Person durch eine nicht abgeholte gerichtliche Aufforderung nicht rechtswirksam zur Stellungnahme eingeladen und in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Ein nicht abgeholter Entscheid wird sodann nicht rechtswirksam eröffnet (E. 2c und d).*

In einer Ehescheidungssache wies das Friedensrichteramt Z. 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. In der Folge kamen auch die eingeschriebenen Postsendungen des Kantonsgerichts an X. jeweils als "nicht abgeholt" zurück. Mit Beschlüssen vom 24. Oktober 2005 und 13. Februar 2006 erliess das Kantonsgericht vorsorgliche Massnahmen. Nachdem der inzwischen beauftragte Vertreter von X. am 27. Februar 2006 die Akten eingesehen hatte, erhob X. Nichtigkeitsbeschwerde ans Obergericht; sie beantragte, die friedensrichterliche Weisung als nichtig zu erklären und die Massnahmebeschlüsse aufzuheben. Das Obergericht trat auf die Beschwerde nicht ein, soweit es die gehörige Einleitung des Scheidungsverfahrens betraf; bezüglich der vorsorglichen Massnahmen hiess es die Beschwerde gut.

*Aus den Erwägungen:*

1.– Gemäss Art. 364 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100) ist die Nichtigkeitsbeschwerde 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). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ausserdem zulässig gegen erstinstanzliche Beschlüsse und Verfügungen, mit denen über vorsorgliche Massnahmen entschieden wurde (Abs. 2).

a) ...

b) Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, die Weisung des Friedensrichteramts ... sei nichtig.

Die Weisung als solche ist jedoch kein anfechtbarer erstinstanzlicher Entscheid; sie stellt lediglich eine Urkunde über die erfolglose Durchführung des Sühneverfahrens dar (*Annette Dolge*, *Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren*, Diss. Zürich 2001, S. 70 f., mit Hinweisen). Ob das Sühneverfahren tatsächlich (ordnungsgemäss) durchgeführt wurde, hat hierauf das *Gericht* zu beurteilen; es hat von Amts wegen unter anderem auf seine Zuständigkeit und die gehörige Einleitung des Streits zu achten (Art. 143 Satz 3 ZPO). Die gehörige Klageeinleitung ist eine Prozessvoraussetzung (*Dolge*, S. 79, 166 f.). Sie wird zwar in der Regel nach Eingang der Weisung geprüft; die Prüfung kann aber grundsätzlich auch im späteren Verlauf des Verfahrens noch vorgenommen werden (*Vogel/Spühler*, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8. A., Bern 2006, 7 Rz. 82, S. 205). Dementsprechend sind allfällige Mängel des Sühneverfahrens beim *erstinstanzlichen* Richter geltend zu machen. Dieser hat gegebenenfalls zu prüfen, ob mangels eines durchgeführten Sühneverfahrens auf das Verfahren nicht einzutreten ist (*Dolge*, S. 79) bzw. ob die Weisung auch ohne Sühneverhandlung ausgestellt werden durfte, weil die beklagte Partei nicht vorgeladen werden konnte (Art. 158 Abs. 2 ZPO).

Es kann hier offenbleiben, ob die Frage der gehörigen Klageeinleitung gegebenenfalls als Teilaspekt der funktionellen Zuständigkeit in einem rekursfähigen Zwischenentscheid (Art. 173 und Art. 354 Ziff. 1 lit. b ZPO) oder erst (vorfrageweise) im Erledigungsentscheid zu beurteilen sei (vgl. *Dolge*, S. 167, wonach die Frage nicht rekursfähig sei). Es liegt jedenfalls diesbezüglich bisher kein erstinstanzlicher Entscheid vor, der beim Obergericht an-

gefochten werden könnte. Angesichts der zulässigen ordentlichen Rechtsmittel gegen einen solchen Entscheid des Kantonsgerichts steht auch nicht etwa die Disziplinar- oder Aufsichtsbeschwerde als rechtsmittelähnlicher Rechtsbehelf ersatzweise zur Verfügung (Art. 385 ff. ZPO; vgl. OGE vom 7. März 1997 i.S. S., E. 1d mit Hinweis, Amtsbericht 1997, S. 112). ...

Fehlt es aber bezüglich der Frage der ordnungsgemässen Durchführung des Sühneverfahrens als Prozessvoraussetzung an einem anfechtbaren Entscheid des Kantonsgerichts, so kann insoweit auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Dies betrifft auch die geltend gemachte Nichtigkeit der nachfolgenden Rechtshandlungen des Gerichts, soweit sie von der nicht gehörigen Klageeinleitung abgeleitet werden.

c) Die Beschwerdeführerin ficht die Beschlüsse vom 24. Oktober 2005 und vom 13. Februar 2006 deshalb auch direkt an, weil ihr in beiden Fällen das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei, indem sie nicht gehörig aufgefordert worden sei, zu den entsprechenden Gesuchen des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen (Nichtigkeitsgründe von Art. 365 Ziff. 6 und Ziff. 7 ZPO). Mit diesen Beschlüssen wurde über vorsorgliche Massnahmen entschieden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher grundsätzlich zulässig.

...

Bezüglich des Beschlusses vom 24. Oktober 2005 hängt die Frage der Fristwahrung direkt mit der strittigen Frage zusammen, ob die damaligen Zustellungen an die Beschwerdeführerin den einschlägigen Prozessvorschriften genügten, d.h. ob es sich um gültige fiktive – und damit fristauslösende – Zustellungen handelte. Nur wenn dies zu verneinen ist, kann gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe ohne ihr Verschulden erst mit der Akteneinsicht vom 27. Februar 2006 die erforderliche Kenntnis vom Beschluss selber und von einem allfälligen Nichtigkeitsgrund erlangt. Ob insoweit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, steht daher unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der materiellen Prüfung der Beschwerde (unten, E. 2c).

2.– Gemäss Art. 365 ZPO liegt ein Nichtigkeitsgrund unter anderem vor, wenn eine Partei nicht gehörig vorgeladen oder wenn sie zur Einreichung eines Schriftsatzes nicht in gehöriger Weise aufgefordert worden ist, sofern der Partei hieraus ein Nachteil erwachsen ist (Ziff. 6), oder wenn einer Partei das rechtliche Gehör verweigert worden ist (Ziff. 7).

b) Gemäss Art. 44 ZPO (i.V.m. Art. 46a ZPO) werden Zustellungen grundsätzlich durch eingeschriebenen Brief bzw. gemäss den Bestimmungen über die Zustellung gerichtlicher Akten durch die Post oder durch den Gerichtsweibel vorgenommen (Abs. 1 Satz 1). Wird die Annahme verweigert, so

gilt die Zustellung als erfolgt (Abs. 2). Ist die Zustellung nicht möglich, so wird sie im Amtsblatt vorgenommen (Art. 46 ZPO).

Wird die Adressatin bei einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in ihren Briefkasten oder ihr Postfach gelegt, so gilt nach der Rechtsprechung die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der siebentägigen Abholfrist, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern die Adressatin mit der Zustellung hatte rechnen müssen. Diese Rechtsprechung ist nur dann massgeblich, wenn die Zustellung eines behördlichen Akts mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden muss. Indessen entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese prozessuale Pflicht entsteht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden muss (BGE 130 III 399 E. 1.2.3 mit Hinweisen).

Ein Verfahrensverhältnis, das die Empfangspflicht begründet, entsteht gegenüber einer Person prinzipiell mit der förmlich bekanntgegebenen Einleitung eines Verfahrens durch die Behörde oder mit einer verfahrenseinleitenden Handlung der Person selber (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 44 N. 11, S. 308). Im ersten Fall wird es somit grundsätzlich nur durch den effektiven Vollzug der erstmaligen Zustellung eines behördlichen Akts begründet. Bei der Erstzustellung als solcher darf daher der Nichtabholung nicht – als spezielle Form der Annahmeverweigerung – die Bedeutung einer Zustellfiktion beigemessen werden. Ein erfolgloser Versuch der Erstzustellung ist daher in korrekter Form zu wiederholen und gegebenenfalls mit Hilfe der Polizei effektiv zu vollziehen (*Bühler/Edelmann/Killer*, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, § 92 N. 10, S. 240; *Dolge*, S. 61 und 349; vgl. auch Art. 64 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG, SR 281.1]).

Eine beklagte Partei kann zwar allenfalls auch auf andere Weise von dem gegen sie eingeleiteten Verfahren Kenntnis erhalten. Angesichts der formalen Strenge der Praxis zur Zustellfiktion darf die Schwelle zur Begründung der prozessualen Empfangspflicht diesfalls aber nicht zu tief gesetzt werden. Es ist jedenfalls ein eindeutiger Nachweis der Verfahrenskennntnis erforderlich (vgl. *Bühler/Edelmann/Killer*, § 91 N. 9 am Ende, S. 237).

c) Im vorliegenden Fall ist der eingeschriebene Brief mit der Vorladung zur Sühneverhandlung an den Friedensrichter zurückgegangen. Er konnte somit nicht direkt zugestellt werden und wurde in der Folge nicht auf der Post abgeholt. Wie dies bezüglich des Sühneverfahrens zu würdigen ist, ist hier nicht zu prüfen (oben, E. 1b). Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin damals keine förmliche Kenntnis vom eingeleiteten Scheidungsverfahren erhielt, welche die prozessuale Pflicht begründet hätte, dafür zu sorgen, dass ihr in diesem Verfahren weitere behördliche Akte zugestellt werden könnten.

...

In dieser Situation konnte die erste förmliche Mitteilung des Kantonsgerichts an die Beschwerdeführerin noch nicht im Sinn der erwähnten Praxis gegebenenfalls fiktiv zugestellt werden. Vielmehr konnten die Rechtswirkungen grundsätzlich nur bei einer effektiven Zustellung eintreten.

Das erste gerichtliche Dokument, das der Beschwerdeführerin zugestellt werden sollte, war die Aufforderung vom 7. September 2005, zum Gesuch des Beschwerdegegners vom 6. September 2005 Stellung zu nehmen. Die Sendung kam als "Nicht abgeholt" zurück. Die Zustellung wurde nicht formell wiederholt. Aufgrund der Akten versuchte zwar das Kantonsgericht, die Beschwerdeführerin mit dem üblichen, nicht eingeschrieben geschickten Standardbrief informell noch über die Sendung zu informieren. Es ist jedoch weder behauptet noch ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin diese Mitteilung tatsächlich zur Kenntnis genommen habe.

Da nach dem Gesagten noch keine Empfangspflicht bestand, konnte das Nichtabholen keine Zustellfiktion bewirken. Insbesondere kann nicht wegen des vorangegangenen passiven Verhaltens der Beschwerdeführerin von einer schuldhaften Zustellungsverweigerung gesprochen werden. Auch eine Person, die sich um amtliche oder anwaltliche Post generell nicht kümmert, hat grundsätzlich Anspruch darauf, dass ihr die Einleitung eines Gerichtsverfahrens durch effektive Zustellung einer ersten gerichtlichen Sendung formell zur Kenntnis gebracht wird, bevor im weiteren Verlauf des Verfahrens gegebenenfalls eine fiktive Zustellung angenommen werden kann. Die erstmalige Zustellung gerichtlicher Sendungen ist daher nötigenfalls durch Zwangszustellung mit Hilfe der Polizei vorzunehmen (*Bühler/Edelmann/Killer*, § 92 N. 2, S. 238).

Die Beschwerdeführerin wurde somit nicht in gehöriger Weise aufgefordert, zum Gesuch der Gegenpartei Stellung zu nehmen. Da hierauf zu ihrem Nachteil entschieden wurde, bedeutet dies auch eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101];

Art. 142 ZPO). Der Beschluss vom 24. Oktober 2005 ist demnach mit den Nichtigkeitsgründen von Art. 365 Ziff. 6 und Ziff. 7 ZPO behaftet.

Aus den gleichen Überlegungen kann auch der Beschluss als solcher – der ebenfalls nicht abgeholt wurde – nicht als rechtswirksam eröffnet gelten. Die Nichtigkeitsbeschwerdefrist wurde erst mit der Akteneinsicht vom 27. Februar 2006 ausgelöst. Die Beschwerdeführerin hatte somit bei Erhebung der vorliegenden Beschwerde ihren Anspruch noch nicht verwirkt, die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 24. Oktober 2005 zu rügen.