

NW_GERICHTE BAZ 20 28 vom 10. Juni 2021

NW Gerichte, 2021-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_BAZ 20 28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_BAZ_20_28)

FR: NW_GERICHTE BAZ 20 28 du 10 juin 2021

IT: NW_GERICHTE BAZ 20 28 del 10 giugno 2021

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist der Entscheid S 124/20 der Schlichtungsbehörde Nidwalden vom

E. 1.2.1

Der Beschwerdegegner moniert die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin und führt dazu aus, sie würde keinerlei Anträge in der Sache selbst stellen. Da die korrekte Formulierung der Anträge zu den Eintretensvoraussetzungen gehören würden, wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, einen Antrag in der Sache zu stellen (unter Hinweis auf BGE 133 III 489). Dies sei unterlassen worden, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

6■19

E. 1.2.2

Dem lässt die Beschwerdeführerin entgegenhalten, dass gemäss der vom Beschwerdegegner aufgeführten Rechtsprechung grundsätzlich ein materieller Antrag erforderlich sei, ein Rückweisungsantrag jedoch ausreiche, wenn das Gericht im Falle einer Gutheissung in der Sache nicht selber entscheiden könne, da die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen würden. Ein solcher Fall sei vorliegend gegeben, da die Beschwerdeführerin sich nicht zur Forderung des Beschwerdegegners habe äussern können. Sodann komme hinzu, dass die Rechtsmittelinstanz bei Beschwerden in der Regel kassatorisch entscheide, weshalb auch die herrschende Lehre einen Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz als ausreichend erachtet, anders als im Falle einer Berufung.

E. 1.2.3

Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Beschwerde (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Die Beschwerdeinstanz kann bei Gutheissung der Beschwerde den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen (sog. kassatorischer Entscheid) oder neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist (sog. reformatorischer Entscheid; Art. 327 Abs. 3 ZPO). Die beiden Entscheidarten stehen grundsätzlich gleichwertig nebeneinander. Eine Beschwerde führende Partei kann sich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen; sie muss einen Antrag in der Sache stellen, widrigenfalls auf ihr Rechtsmittel nicht eingetreten wird (REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 34 zu Art. 311 i.V.m. DIETER FREIBURGHAUS/SUSANNE AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 14 zu

Art. 321 und N. 10 zu Art. 327).

E. 1.2.4

Die Beschwerdeführerin stellt einen kassatorischen Entscheid, verlangt sie doch den Entscheid der Schlichtungsbehörde aufzuheben und an diese zurückzuweisen. Ein Antrag in der Sache selbst fehlt. Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin ist somit an sich mangelhaft. Auf eine Beschwerde mit einem formell mangelhaften Antrag ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung ergibt, was die beschwerdeführende Partei in der Sache verlangt. Entsprechend sind Rechtsmittelanträge im Lichte der Begründung auszulegen

7■19 (BGE 137 III 617 E. 4.2 f. und E. 6.2). Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Begründung explizit geltend, dass sie die "Rechtmässigkeit der Forderung des Klägers" bestreite, woraus sich ergibt, dass sie implizit folglich deren Abweisung beantragt. Nachdem sie im Zeitpunkt der Beschwerdeabfassung noch nicht anwaltlich vertreten war, wird vorliegend jedenfalls zu ihren Gunsten ein entsprechender Antrag hergeleitet. Aus den Akten geht zudem klar hervor, dass die Beschwerdeführerin nicht bereit ist, die Rechnung bzw. auch nur einen Teil davon zu bezahlen (vgl. Schreiben vom 25. Februar 2019 [SB-Bel. 7] sowie vom 7. Juli 2019 [SB- Bel. 13]). Insoweit ist ersichtlich, was die Beschwerdeführerin in der Sache verlangt. Vor diesem Hintergrund genügt der Antrag der zu Beginn des obergerichtlichen Verfahrens nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin den formellen Erfordernissen. Nachdem auch sämtliche Formalien erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 1.3

Mit Beschwerde kann gemäss Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (lit. b).

2. 2.1 Die Schlichtungsbehörde hielt in ihrem Entscheid zunächst fest, dass an die Schlichtungsverhandlung vom 4. November 2020 einzig der Beschwerdegegner erschienen sei. Die Beschwerdeführerin sei unentschuldig nicht erschienen. Im Weiteren wurde zum einen festgestellt, dass die Schlichtungsverhandlung zufolge Säumnis der beklagten Partei (vorliegend die Beschwerdeführerin) unvermittelt geblieben sei und zum andern die klagende Partei (vorliegend der Beschwerdegegner) gemäss Art. 212 ZPO den Antrag auf Entscheid gestellt habe. Da in der Vorladung der Beschwerdeführerin auf die Säumnisfolgen hingewiesen wurde, konstatierte die Schlichtungsbehörde weiter, dass vorliegend das Entscheidverfahren durchgeführt werden könne. In der Sache sah die Schlichtungsbehörde den in der Rechnung gestellten Aufwand des Beschwerdegegners für die in Anspruch genommenen Anwaltsdienstleistungen als ausgewiesen an und hiess die Forderung, inklusive den ausgewiesenen Verzugszinsforderungen, gut. Infolgedessen hat die Schlichtungsbehörde die Leistungsklage gutgeheissen und die Beschwerdeführerin verpflichtet den Betrag von Fr. 1'528.20 zuzüglich Zins von 5% seit 24. Februar 2019, die Gerichtskosten von Fr. 200.-- sowie eine Parteientschädigung von Fr. 350.-- an den Beschwerdegegner zu bezahlen.

8■19 2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet zusammengefasst, dass ihr die Vorladung der Schlichtungsbehörde rechtsgültig zugestellt wurde. Sie lässt sinngemäss ausführen, dass die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO vorliegend nicht in Betracht falle. Die Zustellfiktion sei für die erste Verfahrenshandlung gegenüber der Beschwerdeführerin ausgeschlossen, da dafür ein hängiges Prozessrechtsverhältnis vorausgesetzt werde,

welches vorliegend gerade nicht vorliege. Zwar könne mit dem Verfahren vor der Anwaltskommission ein Prozessrechtsverhältnis begründet worden sein, dieses sei aber mit dem Entscheid der Anwaltskommission beendet worden und habe zum Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung nicht mehr bestanden. Sodann genüge es auch nicht, wenn die Beschwerdeführerin aufgrund anderer Umstände mit der Einleitung eines Verfahrens habe rechnen müssen. Die Beschwerdeführerin macht sodann weiter geltend, Vorladungen seien nach Art. 138 Abs. 1 ZPO zwingend durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weisen gegen Empfangsbestätigungen zu versenden. Die Schlichtungsbehörde habe die Vorladung vom 1. Oktober 2020 nicht per A-Post versenden können. Eine Zustellung von Vorladungen durch gewöhnliche Post sei gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO von vornherein ausgeschlossen. Da die schriftliche Empfangsbestätigung Gültigkeitserfordernis sei, sei die per A-Post versandte Zustellung nicht gültig erfolgt. Sodann hätte die Schlichtungsbehörde nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch weitere Bemühungen unternehmen müssen, bevor sie zum Mittel der Publikation hätte greifen können. Dies habe sie jedoch unterlassen. Erfolge eine Publikation ohne dass deren Voraussetzungen gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. a-c ZPO erfüllt seien, könne diese nicht als rechtsgültige Mitteilung betrachtet werden und entfalte auch keine Wirkung. Gemäss Lehre und Rechtsprechung habe ein in solchen Verfahren ergangener Entscheid die Nichtigkeit zur Folge. Zusammengefasst macht die Beschwerdeführerin geltend, das ergangene Abwesenheitsurteil der Schlichtungsbehörde sei mangels einer ordnungsgemässen Zustellung mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, wie vom Beschwerdegegner vorgeworfen werde, wäre gemäss Beschwerdeführerin wohl zu bejahen, wenn die Partei, welche einen Zustellungsmangel rügt, nachweislich Kenntnis vom der mangelhaften Zustellung erlangt habe, aber dennoch untätig geblieben sei. Vorliegend sei die Beschwerdeführerin jedoch nicht untätig geblieben, sondern habe sich an die Schlichtungsbehörde gewandt (wenn auch 9■19 irrtümlich an die falsche E-Mailadresse). In Anbetracht der Umstände wäre es überspitzt formalistisch und stossend, wenn die Beschwerdeführerin aufgrund eines einzigen Tippfehlers ihr Recht auf Äusserung in der Sache unwiderruflich verwirkt hätte. Die Beschwerdeführerin habe von sich aus das E-Mail der Rechtsmittelinstanz eingereicht. Hätte sie dies nicht getan, so wären ihre Einwände in Bezug auf die mangelhafte Zustellung berechtigt und würden ohne Weiteres zur Aufhebung des Säumnisurteils aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin führen.

2.3 Der Beschwerdegegner bringt dagegen stark zusammengefasst vor, der Zweck der Zustellklausel bestehe darin, dass die Partei tatsächlich Kenntnis erhalten und damit die Möglichkeit besitze, fristgerecht zu handeln. Die Einwände der Beschwerdeführerin wären berechtigt, wenn sie überhaupt keine Kenntnis von der Schlichtungsverhandlung erlangt hätte. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin jedoch offensichtlich Kenntnis vom Termin bei der Schlichtungsbehörde erhalten. Die Zustellung habe somit ihr Ziel – die Kenntnisnahme durch die Beschwerdeführerin – erreicht. Sodann sei die Art und Weise (per E-Mail), wie sie auf den Termin reagiert habe, der Beschwerdeführerin anzulasten. Der Transportweg stehe im Risiko desjenigen, der die Art des Versands wähle und vorliegend somit bei der Beschwerdeführerin. Es liege zudem auch im Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin sich in angemessener Weise beim Gericht zu melden und um eine Verschiebung zu ersuchen, was sie offensichtlich nicht getan habe. Dies habe aber nichts mit der Zustellung bzw. den gewählten Zustellungsarten der Schlichtungsbehörde zu tun. Die Beschwerdeführerin habe nachweislich Kenntnis vom Termin erhalten, womit sie sich nicht auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs berufen könne. Es sei nicht Ziel des

Gesetzgebers gewesen, mit den Bestimmungen zur Zustellung, denjenigen zu schützen, der Kenntnis erhalten, sondern gerade denjenigen der von der Verfügung keine Kenntnis und demzufolge eine wichtige Handlung unterlassen habe. Die Beschwerdeführerin habe einerseits Kenntnis von der Vorladung erhalten und andererseits auch Handlungen, nämlich die E-Mail an die Schlichtungsbehörde, vorgenommen. Der Zweck der Zustellung sei somit erreicht worden. Es könne nicht angehen, dass sie nun die korrekte Zustellung rüge, obschon sie vom Termin Kenntnis gehabt habe. Eine solche Argumentation sei rechtsmissbräuchlich und dürfe nicht geschützt werden.

10■19 2.4 Zunächst gilt es zu klären, ob zwischen den Parteien ein Prozessrechtsverhältnis bestand bzw. die Beschwerdeführerin mit einer Zustellung der Schlichtungsbehörde rechnen musste und infolgedessen auf die Zustellfiktion abgestellt werden kann (E. 3.1 f.). Sodann ist strittig, ob die Vorladungen bzw. die öffentliche Bekanntmachung der Schlichtungsverhandlung an die Beschwerdeführerin rechtsgültig erfolgte oder ob die Beschwerdeführerin sich rechtsmissbräuchlich verhält, indem sie sich trotz Kenntnisnahme der Vorladung bzw. des Schlichtungstermins nachträglich auf die Nichtigkeit der Zustellung beruft (E. 3.3). Schliesslich wird auf die öffentliche Publikation der Vorladung und deren Folgen eingegangen (E. 3.4). 3. 3.1 Art. 138 ZPO regelt die Formalitäten der Zustellung von Urkunden (gemäss Art. 136 ZPO) und bestimmt für die zuzustellenden Vorladungen, Verfügungen und Entscheid (Abs. 1), unter welchen Bedingungen sie zugestellt sind (Abs. 2) bzw. im Sinne einer Zustellfiktion als zugestellt gelten (Abs. 3). Ist die Zustellungsform gewahrt, kann der Adressat nicht mehr einwenden, er habe die Urkunde nicht erhalten. Diese Bestimmung gewährleistet somit, dass das Verfahren unter Beachtung der verfassungsmässigen Garantien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör, durchgeführt und durch die ordnungsgemässe Zustellung beendet werden kann (JULIA GSCHWEND, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 1 zu Art. 138 ZPO). Stellt das Gericht eine Vorladung, eine Verfügung oder einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion). Wie Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausdrücklich festhält, kann die Zustellung eines behördlichen Aktes nur dann fingiert werden, wenn der Empfänger mit der Zustellung rechnen musste. Nach der Rechtsprechung entsteht indessen erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akten zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Diese prozessuale Pflicht entsteht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes

11■19 gerechnet werden muss (BGE 138 III 225 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Damit ist die Zustellfiktion für die erste Verfahrenshandlung (z.B. Vorladung zum Schlichtungsgesuch) grundsätzlich ausgeschlossen (NINA J. FREI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Aufl. 2012, N. 24 zu Art. 138 ZPO mit weiteren Hinweisen). 3.2 3.2.1 Der Beschwerdeführerin wurde die Vorladung vom 8. September (nachfolgend 1. Vorladung) per Einschreiben zugestellt. Dieses Einschreiben gelangte, da der Brief von der Beschwerdeführerin nicht abgeholt wurde, wieder an die Schlichtungsbehörde zurück. Nach diesem ersten erfolglosen Zustellversuch

(eingeschriebener Brief vom 8. September 2020; SB Bel. 19) nahm die Schlichtungsbehörde weitere Abklärungen vor, bei welchen jedoch lediglich die bisher bekannte Wohnadresse der Beschwerdeführerin bestätigt wurde (vgl. dazu die handschriftliche Aktennotiz betreffend Adressanfrage bei der Gemeindeverwaltung; SB Bel. 18). In der Folge setzte die Schlichtungsbehörde einen neuen Termin für die Schlichtungsverhandlung fest und stellte der Beschwerdeführerin die neue Vorladung vom 1. Oktober 2020 (nachfolgend 2. Vorladung) per A-Post inklusive Empfangsbestätigung zu, mit der Aufforderung, die Empfangsbestätigung zu bescheinigen. Gleichzeitig wies die Schlichtungsbehörde darauf hin, dass nach Ablauf der gesetzten Frist eine Publikation im Amtsblatt Nidwalden erfolge. Eine Empfangsbescheinigung erfolgte nicht. 3.2.2 Zwischen den Parteien bestand vor der 1. Vorladung der Schlichtungsbehörde vom

E. 4

November 2020, betreffend Forderung. Gemäss Art. 212 Abs. 1 ZPO kann die Schlichtungsbehörde bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.00 über die vermögensrechtliche Streitigkeit entscheiden, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Der Entscheid der Schlichtungsbehörde unterliegt der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO (DOMINIK INFANGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 14 zu Art. 212 ZPO). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage seit der Zustellung des begründeten Urteils (Art. 321 Abs. 1 i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO). Zur Beschwerde ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt ist, d.h. durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. DIETER FREIBURGHHAUS/SUSANNE AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 321). Beschwerdeinstanz ist das Obergericht Nidwalden (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). Die Beschwerdeführerin ist als Hauptpartei formell beschwert und durch das angefochtene Urteil hinlänglich berührt. Die Beschwerdeschrift wurde sodann auch fristgerecht eingereicht.

E. 4.1

Die Publikation der Vorladung trotz fehlender Voraussetzungen macht diese aber nicht in jedem Fall wirkungslos. Denn auch hier gilt, dass, wenn der Adressat von der Publikation der Vorladung Kenntnis erhalten hat, er sich nicht auf mangelhafte Zustellung berufen kann. Nur dann, wenn die Partei von der Vorladung keine Kenntnis erhielt und in der Folge gegen diese ein Säumnisurteil erging, wäre dieses nichtig. Nichtigkeit liegt mit anderen Worten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nur vor, wenn die Partei wirklich irregeführt worden ist und einen Nachteil erlitten hat, in dem sie z.B. von einer Vorladung keine Kenntnis erhielt und deshalb einen Termin nicht wahrnehmen konnte (JULIA GSCHWEND, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 26 f. zu Art. 138 ZPO mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5P.24/2007 vom 19. März 2007 E. 4.1).

15■19

E. 4.2.1

Danach ist festzustellen, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine mangelhafte Vorladung berufen kann. Sie hatte unbestritten Kenntnis der Vorladung vom 1. Oktober

2020, welche ihr mit A-Post zugestellt wurde. Die Säumnisfolgen sind auf der Vorladung vermerkt. Es ist weiter unbestritten, dass die Beschwerdeführerin zum Verhandlungstermin vom 4. November 2020, 09.00 Uhr, nicht erschienen ist und die Schlichtungsbehörde in der Folge ein Säumnisurteil fällte. Im Beschwerdeverfahren beruft sich die Beschwerdeführerin nun darauf, dass sie sich mit einer E-Mail vom 3. November 2020 (BF-Bel. 2) wegen Verdachts auf Corona für die Verhandlung vom 4. November 2020 entschuldigt habe. Diese Nachricht wurde um 21.46 Uhr verfasst, mithin nicht zu Geschäftszeiten der Schlichtungsbehörde. Darüber hinaus ist die gewählte Mailadresse "C.__@nw.ch" nicht korrekt. Die richtige Adresse lautet "C.__@nw.ch". Folglich ist erstellt, dass die Mitteilung bei der Schlichtungsbehörde gar nicht eingegangen ist. Anderes wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Demgemäss blieb die Beschwerdeführerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 4. November 2020 säumig. Die Behörde wusste nichts von einem Entschuldigungsgrund.

E. 4.2.2

Gemäss Art. 147 Abs. 1 ZPO gilt eine Partei als säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 2). Das Gericht weist die Parteien auf die Säumnisfolgen hin (Abs. 3). In Bezug auf das Schlichtungsverfahren ergänzt Art. 206 Abs. 2 i.V.m. Art. 212 Abs. 1 ZPO, dass im Falle der Säumnis der beklagten Partei die Schlichtungsbehörde auf Antrag der klagenden Partei bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.00 einen Entscheid fällen kann. Die Schlichtungsbehörde durfte vorliegend ein Säumnisurteil fällen, eine Rechtsverletzung liegt nicht vor. Insbesondere wurde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt.

16■19

E. 4.2.3

Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, ihr Sehvermögen sei einerseits altersbedingt eingeschränkt und andererseits sei die E-Mailadresse in der 2. Vorladung kleingedruckt gewesen. Bei der Eingabe der Empfängeradresse sei lediglich ein Punkt mit einem Strich verwechselt worden. Die Folgen (Verwirkung ihres Äusserungsrechts und Säumnisurteil) seien völlig unverhältnismässig und in Anbetracht der geschilderten Umstände schlichtweg nicht gerechtfertigt. Der gute Wille sei offensichtlich vorhanden gewesen. Die Abmeldeanzeige sei sodann einzig wegen eines einzigen Tippfehlers nicht bei der bestimmten Empfängerin angekommen. Die Rechtsfolgen des Säumnisurteils sind vorliegend jedoch gerechtfertigt und rechtmässig, nachdem die Schlichtungsbehörde gar keine Kenntnis von einem allfälligen Verhinderungsgrund der Beschwerdeführerin erhalten hat. Eine Rechtsverletzung ist nicht gegeben. Der Gesetzgeber kennt im Übrigen durchaus ein Mittel, um allfällige Härten der Säumnisfolgen zu entschärfen, nämlich den Rechtsbehelf der "Wiederherstellung". Nach Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Die Bestimmung gilt auch für das Schlichtungsverfahren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_289/2021 vom 16. Juli 2021, E. 4 mit Verweise auf BGE 139 III 478 E. 1 und E. 6.2). Es wird von der Beschwerdeführerin nicht behauptet, dass sie bei der Schlichtungsbehörde ein entsprechendes Gesuch eingereicht hätte und dieses abgelehnt worden wäre. Jedenfalls kann die Beschwerdeführerin mit ihren Argumenten im

Beschwerdeverfahren keine Rechtsverletzung begründen.

E. 4.3

Die Beschwerde ist gesamthaft unbegründet und infolgedessen abzuweisen.

17■19 5. 5.1 Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidungsgebühr des Obergerichts als Beschwerdeinstanz beträgt zwischen Fr. 300.-- bis Fr. 4'000.-- (Art. 8 Ziff. 3 PKoG [NG 261.2]). Die Gerichtskosten des Obergerichts betragen Fr. 600.00 und werden vollumfänglich der Beschwerdeführerin auferlegt, dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen und sind bezahlt. 5.2 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung auszurichten. Im Beschwerdeverfahren beträgt das ordentliche Honorar Fr. 400.■ bis Fr. 4'000.■ (Art. 44 PKoG). Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners reichte dem Gericht mit der Duplik vom 19. März 2021 seine Kostennote ein. Sie setzt sich aus einem Honorar von Fr. 1'769.60 (6.32 Std. à Fr. 280.--) sowie Auslagen von Fr. 253.10 (davon Fr. 200.00 Kostenvorschuss an die Schlichtungsbehörde) und MWSt 7.7% von Fr. 155.75, d.h. total Fr. 2'178.45 zusammen. Die Kostennote erweist sich bis auf den in den Auslagen enthaltenen Kostenvorschuss der Schlichtungsbehörde von Fr. 200.-- als angemessen. Mit Entscheid der Schlichtungsbehörde wurde die Beschwerdeführerin zum Ersatz des vom Beschwerdegegner bereits geleisteten Gerichtskostenschusses von Fr. 200.-- verpflichtet. Der Kostenvorschuss (an die Schlichtungsbehörde) wurde im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde somit bereits berücksichtigt. Infolgedessen sind vorliegend die Auslagen von Fr. 253.10 auf Fr. 53.10 zu kürzen. Die Kostennote wird deshalb im Umfang (Honorar Fr. 1'769.60, Auslagen Fr. 53.10 und MWSt 7.7% von Fr. 140.35) von Fr. 1'963.05 genehmigt.

18■19 Demnach erkennt das Obergericht:

E. 8

September 2020 kein hängiges Prozessrechtsverhältnis. Daran vermag auch das vom Beschwerdegegner aufgeführte Verfahren vor der Anwaltskommission des Kantons Aargau nichts ändern. Mit Entscheid der Anwaltskommission des Kantons Aargau vom 26. Februar 2020 (Bel. 14) wurde der Beschwerdegegner gegenüber den Behörden vom Berufsgeheimnis entbunden, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist. Dieser Entscheid wurde der Beschwerdeführerin zwar zugestellt, da aber mit dem Entscheid der Anwaltskommission das Prozessrechtsverhältnis beendet wurde, bestand zum Zeitpunkt der Zustellung der 1. Vorladung zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner kein laufendes Prozessrechtsverhältnis (mehr). Die Vorladung vom 8. September 2020 hätte somit den ersten Verfahrensschritt gegenüber der Beschwerdeführerin dargestellt, weshalb die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO vorliegend nicht zur Anwendung gelangen kann bzw.

12■19 ausgeschlossen ist. Davon ging die Schlichtungsbehörde auch aus und stellte der Beschwerdeführerin eine 2. Vorladung vom 1. Oktober 2020 zu. Auch zu diesem Zeitpunkt bestand zwischen den Parteien noch kein hängiges Prozessrechtsverhältnis. Da die 1. Vorladung von der Beschwerdeführerin nicht abgeholt wurde und ihr dementsprechend nicht zugestellt werden konnte, handelt es sich bei der (2.) Vorladung vom 1. Oktober 2020 wiederum um den ersten Verfahrensschritt. Dabei kann wiederum nicht auf die

Zustellfiktion abgestellt werden. 3.3 3.3.1 Es ist weiter zu prüfen, ob allenfalls mit der Zustellung der Vorladung vom 1. Oktober 2020 per A-Post eine rechtswirksame Zustellung erfolgte. 3.3.2 Die Zustellung von Vorladungen hat durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die von der Schweizerischen Post zur Verfügung gestellten Zustellmöglichkeiten mit Empfangsbestätigung bzw. Zustellnachweis sind der Versand als Gerichtsurkunde oder als eingeschriebener Brief mit Rückschein. Möglich ist aber auch eine Zustellung durch den Gerichtswibel bzw. einen Angehörigen des Gerichts, durch die Polizei, den Betreibungsgehilfen oder den Gemeindeammann (RETO M. JENNY/DANIEL JENNY, in: ZPO- Kommentar, Orell Füssli, 2. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 138). Die Zustellung durch eingeschriebenen Brief oder durch Übergabe gegen Empfangsbescheinigung soll sicherstellen, dass dem Beamten jederzeit der Beweis für die Mitteilung zur Verfügung steht (vgl. BGE 121 III 11 E. 1 mit weiteren Hinweisen). Konvaleszenz kommt jedoch in Frage, wenn der Empfänger dennoch Kenntnis von der Vorladung erlangt und in der Wahrung seiner Rechte nicht beeinträchtigt wird (JENNY, a.a.O., N. 14 zu Art. 138). Die in Art. 138 Abs. 1 ZPO vorgeschriebene Zustellung gegen Empfangsbestätigung ist denn auch nicht Selbstzweck, sondern sie dient dem Beweiserfordernis des Gerichts (Urteil des Obergerichts Zürich vom 16. April 2020 PS200074_O/U E. 3). Die Einrede der Nichtigkeit der Zustellung ist deshalb missbräuchlich, wenn der Adressat trotz der nicht ordnungsgemässen Zustellung von der Sendung tatsächlich Kenntnis erhalten hat (JULIA GSCHWEND, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 27 zu Art. 138 ZPO mit weiteren Hinweisen).

13■19 Die 2. Vorladung vom 1. Oktober 2020 an die Beschwerdeführerin wurde zwar lediglich per A- Post zugestellt. Sie hat jedoch, was sie selbst in der Replik explizit zugesteht und was aus den Akten offenkundig wird, vom Vorladungstermin Kenntnis erhalten. Als Beweismittel zur Beschwerdeschrift legt sie selber eine von ihr verfasste E-Mail vom 3. November 2020 auf. Diese adressiert sie ausdrücklich an "Frau C. __", mithin die Sekretärin der Schlichtungsbehörde. Deren Kontaktdaten finden sich auch auf der 2. Vorladung vom 1. Oktober 2020. Die Beschwerdeführerin bezieht sich in ihrer Mailnachricht ausdrücklich auf den "morgigen Termin um 9 Uhr". Die Beschwerdeführerin hat folglich offensichtlich vom Inhalt der 2. Vorladung Kenntnis erhalten. Die Berufung auf eine nicht ordnungsgemässe Zustellung der Vorladung ist in diesem Fall rechtsmissbräuchlich (Urteil des Obergerichts Zürich vom 16. April 2020 PS200074_O/U E. 3). 3.4 3.4.1 Bei dieser Ausgangslage ist es letztlich unerheblich, ob die Publikation des Verhandlungstermins im Amtsblatt zu recht erfolgte oder nicht, was unter den Parteien weiter umstritten ist. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen der Vollständigkeit halber. Gemäss Art. 141 Abs. 1 ZPO erfolgt die Publikation im kantonalen Amtsblatt oder Schweizerischen Handelsblatt wenn: a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann; b) eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre; c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Die Zustellung auf dem sogenannten Ediktalweg erfolgt nur dann, wenn die anderen Zustellungsformen nicht möglich sind. Die öffentliche Bekanntmachung ist mithin das letzte Mittel, zu dem das Gericht einzig dann Zuflucht nehmen darf, wenn einer von drei "pathologischen Fällen" erfüllt ist. Art. 141 Abs. 1 lit. a-c ZPO zählt diese drei Konstellationen abschliessend auf (Urteil des Bundesgerichts 4A_646/2020 vom

E. 12

April 2021 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend umstritten ist, ob eine öffentliche Zustellung gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO zulässig gewesen wäre. Da die Ediktalzustellung das letzte Mittel für die Zustellung bleiben muss, kann die Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO erst dann angenommen werden, wenn sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden, jedoch erfolglos geblieben sind. Wann diesem Rechercheauftrag rechtsgenügend nachgekommen wurde, bestimmt sich nach der jeweiligen Sachlage (Urteil des

14■19 Bundesgerichts 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.2 mit Hinweisen). Dabei darf in der Regel erst von einer Unmöglichkeit ausgegangen werden, wenn entsprechende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angetroffen werden kann (ROGER WEBER, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 141; LUKAS HUBER, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 17 ff. zu Art. 141 ZPO). 3.4.2 Die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO waren im vorliegendem Fall nicht erfüllt. Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass eine (ordentliche) Zustellung vorliegend unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden gewesen wäre. Der bloss einmalige Zustellungsversuch mittels Einschreiben genügt grundsätzlich nicht für die Bejahung der Voraussetzungen. Scheitert die Zustellung mittels Einschreiben an eine bekannte Adresse einer Partei, welcher ein verfahrenseinleitendes Schriftstück zugestellt werden muss, wäre etwa eine weitere Zustellung mittels polizeilicher Hilfe zu versuchen. 4.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.