

# **BGE 152 III 51**

Bundesgericht (BGE), 2026-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bge\\_152 III 51](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bge_152_III_51)

FR: ATF 152 III 51

IT: DTF 152 III 51

## **Regeste**

Regeste Art. 71 ZPO; eventuelle passive Streitgenossenschaft. Die eventuelle passive Streitgenossenschaft ist zulässig. Dabei wird die Eventualklage prozessual so behandelt, als ob sie unbedingt erhoben worden wäre. Somit werden sowohl die Hauptklage als auch die Eventualklage unmittelbar rechtshängig. Die Gutheissung einer der Klagen hat auch die kostenfällige Abweisung der anderen Klage zur Folge (E. 5).

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer unzulässigen eventuellen passiven Streitgenossenschaft und darauf gestützt, von einem ungültigen Schlichtungsversuch ausgegangen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erwog, dass das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde nach Art. 209 ZPO eine Prozessvoraussetzung darstelle. Unstreitig sei, dass die Beschwerdeführerin ihr Schlichtungsgesuch vom 19. November 2021 zunächst ausschliesslich gegen die Schweizer Tochtergesellschaft gerichtet habe. Mit einer Ergänzung zum Schlichtungsgesuch habe die Beschwerdeführerin ein zusätzliches Eventualklagebegehren gegen die Beschwerdegegnerin gestellt. Bei genauer Betrachtung lasse sich nun aber die Klagebewilligung, soweit sie sich auf das Rechtsbegehren gegen die Beschwerdegegnerin beziehe, nicht auf ein gesetzeskonformes Schlichtungsverfahren abstützen. Die Beschwerdegegnerin sei erst vorbehaltlos als beklagte Partei ins Recht gefasst worden, nachdem die Schlichtungsverhandlung vom 25. Februar 2022 bereits stattgefunden habe. Noch an der friedensrichterlichen Verhandlung sei sie nur als Eventualbeklagte, also unter einem Vorbehalt, aufgeführt worden. Was darunter genau zu verstehen sei, erschliesse sich der Vorinstanz nicht, zumal es sich bei den betreffenden Begehren offensichtlich nicht um ein zulässiges Haupt- und Eventualbegehren gegen dieselbe Partei handle, so dass nicht ohne Weiteres von einer Abhängigkeit zwischen der Klage gegen die Schweizer Tochtergesellschaft und der Eventualklage gegen die Beschwerdegegnerin ausgegangen werden könne. Damit sei nicht klar ob bzw. unter welchen Bedingungen die Beschwerdegegnerin nach den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin gemäss Aktenstand bis zum BGE 152 III 51 S. 55 Abschluss der Schlichtungsverhandlung ins Recht gefasst werden sollte. Dies führe dazu, dass für das letztlich in die Klagebewilligung vom 7. März 2022 aufgenommene Rechtsbegehren kein rechtsgenügendes Schlichtungsverfahren und vor allem kein zwingender Schlichtungsversuch vorausgegangen sei. Die Klagebewilligung vom 7. März 2022 erweise sich damit für die gegen die Beschwerdegegnerin bei der Erstinstanz eingereichte Klage vom 24. Juni 2022 als ungültig.

## **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz übersehe mit diesen Überlegungen, dass sie mit ihrer Ergänzung des Schlichtungsgesuchs ihr ursprüngliches Begehren gegen die Schweizer Tochtergesellschaft mit einem Eventualbegehren gegen die Beschwerdegegnerin (subjektiv) gehäuft und damit eine eventuelle passive Streitgenossenschaft gebildet habe. Eine solche sei gemäss der herrschenden Lehre zur geltenden ZPO und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor Inkrafttreten der ZPO zulässig. Sie habe daher mit dem erweiterten Rechtsbegehren vom 21. Dezember 2021 ein zulässiges Rechtsbegehren bzw. Eventualbegehren gestellt. Daraus ergebe sich, dass auf der Grundlage des ergänzten Schlichtungsbegehrens vom 21. Dezember 2021 ein effektiver Schlichtungsversuch durchgeführt werden konnte.

### **E. 5.3.1**

Die einfache Streitgenossenschaft ist in aArt. 71 ZPO definiert. Demnach können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden, sofern Rechte und Pflichten beurteilt werden sollen, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (Abs. 1) und für die einzelnen Klagen die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (Abs. 2). Zudem setzt die einfache Streitgenossenschaft voraus, dass für alle eingeklagten Ansprüche die gleiche sachliche Zuständigkeit gilt (vgl. aArt. 90 lit. a ZPO; BGE 142 III 581 E. 2.1; BGE 138 III 471 E 5.1; je mit Hinweisen). Jeder einfache Streitgenosse macht unabhängig vom anderen eigenständige Ansprüche geltend (Urteile 4A\_391/2024 vom 5. Dezember 2024 E. 3.1.3; 4A\_23/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.1); umgekehrt steht jeder eingeklagte einfache Streitgenosse in einem eigenständigen Rechtsverhältnis zum Kläger bzw. zu den Klägern (BGE 149 III 12 E. 3.1.1.3). Eine eventuelle einfache passive Streitgenossenschaft zeichnet sich dadurch aus, dass die Klage gegen eine Hauptpartei gerichtet ist und die Klage gegen die weitere Partei nur beurteilt werden soll, wenn die Hauptklage erfolglos bleibt (GROSS/ZUBER, in: Berner Kommentar, BGE 152 III 51 S. 56 Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 6 zu Art. 71 ZPO ; TANJA DOMEJ, in: ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, N. 1a zu Art. 71 ZPO ; MARIE-CHANTAL MAY CANELLAS, in: CPC, Code de procédure civile, Chabloz/Dietschy-Martenet/ Heinzmann [Hrsg.], 2021, N. 5 zu Art. 71 ZPO ; PETER RUGGLE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2025, N. 8 zu Art. 71 ZPO ; LORENZ DROESE, Einfache passive Streitgenossenschaft im Haftpflichtrecht, in: Haftpflichtprozess 2019, 2019, S. 144; vgl. Urteil 4A\_462/2022 vom 5. September 2022 E. 3.2). Die ZPO enthält keine Regelung zur Zulässigkeit der eventuellen Streitgenossenschaft (RUGGLE, a.a.O., N. 8 zu Art. 71 ZPO ).

### **E. 5.3.2**

Vor Inkrafttreten der ZPO hat das Bundesgericht (zumindest implizit) die Zulässigkeit einer eventuellen passiven Streitgenossenschaft anerkannt (vgl. BGE 113 Ia 104 E. 2c; ferner Urteil 4P.12/1992 vom 8. April 1992 E. 2a). Unter der Geltung der eidgenössischen ZPO musste sich das Bundesgericht hingegen noch nicht zur Zulässigkeit der eventuellen passiven Streitgenossenschaft äussern (Frage offengelassen in den Urteilen 4A\_262/2022 vom 5. September 2022 E. 3; 4A\_23/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.1.1). In der Lehre wird die eventuelle passive Streitgenossenschaft überwiegend ausdrücklich oder stillschweigend für zulässig erachtet (GROSS/ZUBER, a.a.O., N. 6 zu Art. 71 ZPO ; RUGGLE, a.a.O., N. 8 zu Art. 71 ZPO ; NICOLAS JEANDIN, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 7 zu Art. 71 ZPO ; STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Kommentar

zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Bd. I, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 4. Aufl. 2025, N. 1a zu Art. 71 ZPO ; ANNE-CATHERINE HAHN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 3 zu Art. 71 ZPO ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, Rz. 850; MAY CANELLAS, a.a.O., N. 5 zu Art. 71 ZPO ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 3.44; FRANCESCO TREZZINI, in: Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC], Bd. I, 3. Aufl. 2025, N. 7 zu Art. 71 ZPO ; BERGER/GÜNGERICH/ HURNI/STRITTMATTER, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2025, Rz. 830; MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, 1993, S. 51). Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass sie der Gefahr widersprüchlicher Urteile vorbeuge und der Durchsetzung des materiellen Rechts diene (GROSS/ZUBER, a.a.O., N. 6 zu Art. 71 ZPO ).

### **E. 5.3.3**

Eine andere Auffassung in der Lehre erachtet hingegen eine solche Streitgenossenschaft für unzulässig (DOMEJ, a.a.O., N. 1a zu BGE 152 III 51 S. 57 Art. 71 ZPO ; ROLAND SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, ZZZ 2018 S. 143; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. 1984, S. 154; MATTHIAS BRUNNER, Das Rechtsbegehren im Zivilprozess, 2024, Rz. 463; DAETWYLER/STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Handelsgericht Zürich 1866-2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Brunner/Nobel [Hrsg.], 2016, S. 209; vgl. auch RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, Rz. 111). Dies wird zum einen damit begründet, dass die Klage gegen den eventuell eingeklagten Streitgenossen vom Ausgang des Verfahrens gegen den Hauptbeklagten und damit von einem ausserprozessualen Ereignis abhängig sei. Es handle sich damit um eine unzulässige bedingte Klage (DOMEJ, a.a.O., N. 1a zu Art. 71 ZPO ; KLINGLER, a.a.O., Rz. 111). Die Rechtshängigkeit der Eventualklage hänge somit zugleich auch von einer unzulässigen Suspensivbedingung ab, womit ungewiss bleibe, wer überhaupt Prozesspartei sei (KUMMER, a.a.O., S. 154; vgl. auch DOMEJ, a.a.O., N. 1a zu Art. 71 ZPO ; CRISTINA VON HOLZEN, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2006, S. 43 m.w.H.). Mit dieser Klage würden auch im Ergebnis die für Mehrparteien-Gesamtverfahren vorgesehenen restriktiven, formellen und materiellen Voraussetzungen der Streitverkündungsklage umgangen werden (DAETWYLER/STALDER, a.a.O., S. 209). Es sei sodann wenig prozessökonomisch und für den eventuell Beklagten unzumutbar, wenn dieser bereits Schritte zu seiner Entlastung einleiten müsse, obwohl er unter Umständen gar nie ins Recht gefasst werde (VON HOLZEN, a.a.O., S. 44; DOMEJ, a.a.O., N. 1a zu Art. 71 ZPO ; SCHMID, a.a.O., S. 143; BRUNNER, a.a.O., Rz. 463). Schliesslich werden auch praktische Bedenken gegen die Zulässigkeit einer eventuellen subjektiven Klagehäufung angeführt. So würde eine Kostenpflicht für die Abweisung einer der beiden Klagen resultieren (SCHMID, a.a.O., S. 143; vgl. auch DOMEJ, a.a.O., N. 1a zu Art. 71 ZPO ). Zudem verlaufe das Beweisverfahren für die Streitgenossen unter Umständen nicht identisch. Möglicherweise müssten in Bezug auf die verschiedenen Beklagten gleichzeitig sogar sich widersprechende Tatsachen geltend gemacht und bewiesen werden (VON HOLZEN, a.a.O., S. 44; SCHMID, a.a.O., S. 143).

#### **E. 5.3.4.1**

Prozesshandlungen der Parteien sind im Allgemeinen bedingungsfeindlich. Das Gericht muss notwendigerweise klaren BGE 152 III 51 S. 58 verfahrensrechtlichen Verhältnissen gegenübergestellt werden. Da der Prozess beförderlich zu Ende geführt werden soll, darf er keinen Unterbruch erleiden, bis über Eintritt oder Ausfall allfälliger Bedingungen entschieden ist. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als Tatsachen zu Bedingungen erhoben werden, deren Eintritt oder Nichteintritt sich im Verlauf des Verfahrens ohne Weiteres ergibt, so dass durch die Bedingung keine Unklarheit entsteht. So können Eventualbegehren gestellt werden für den Fall, dass ein Hauptbegehren nicht geschützt wird ( BGE 134 III 332 E. 2.2).

#### **E. 5.3.4.2**

Ob eine eventuelle subjektive Klagehäufung eine bedingte Klage darstellt, ist umstritten (vgl. MELANIE HUBER-LEHMANN, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2018, Rz. 118). Dies spielt im Ergebnis jedoch keine Rolle. Denn die Eventualklage wird prozessual jedenfalls so behandelt, als ob sie unbedingt erhoben worden wäre (HUBER-LEHMANN, a.a.O., Rz. 118; KLINGLER, a.a.O., S. 46; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 303 und Fn. 34). Somit werden sowohl die Hauptklage als auch die Eventualklage unmittelbar rechtshängig (HUBER-LEHMANN, a.a.O., Rz. 115 und 118; GULDENER, a.a.O., S. 303 und Fn. 34; VON HOLZEN, a.a.O., S. 45; SCHAAD, a.a.O., S. 51). Die Gutheissung einer der Klagen hat auch die kostenfällige Abweisung der anderen Klage zur Folge ( BGE 113 Ia 104 E. 2c; DROESE, a.a.O., S. 144 f.; GROSS/ZUBER, a.a.O., N. 6 zu Art. 71 ZPO ; RUGGLE, a.a.O., N. 8 zu Art. 71 ZPO ; vgl. auch SCHAAD, a.a.O., S. 51). Es handelt sich bei der eventuellen subjektiven Klagehäufung daher nicht um eine unzulässige bedingte Klageerhebung (VON HOLZEN, a.a.O., S. 45). Vielmehr wird die Eventualklage ebenfalls unbedingt erhoben, sie soll jedoch nur gutgeheissen werden, wenn die Hauptklage abgewiesen wird (VON HOLZEN, a.a.O., S. 42; GULDENER, a.a.O., S. 302 f. und Fn. 34; vgl. auch GROSS/ZUBER, a.a.O., N. 6 zu Art. 71 ZPO ). Angesichts des Umstands, dass im Falle der Gutheissung der Hauptklage die Eventualklage kostenpflichtig abgewiesen wird, erscheint es für die eventuell beklagte Partei auch nicht unzumutbar, sich gegen die Eventualklage zu wehren. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass die daraus resultierenden Prozesskosten von der klagenden Partei zu tragen sind (DROESE, a.a.O., S. 144 f.). Zwar kann die eventuelle passive Streitgenossenschaft im Zusammenhang mit dem Beweis- und Rechtsmittelverfahren zu praktischen BGE 152 III 51 S. 59 Schwierigkeiten führen (vgl. hierzu eingehend: VON HOLZEN, a.a.O., S. 44). Dies allein spricht aber nicht gegen die Zulässigkeit der eventuellen passiven Streitgenossenschaft. Denn diese kann im Einzelfall das geeignetste Instrument zur Durchsetzung der Ansprüche darstellen (VON HOLZEN, a.a.O., S. 45). Soweit schliesslich die eventuelle passive Streitgenossenschaft unter Berufung auf ihre Nähe zur Streitverkündungsklage mangels Erfüllung der entsprechenden restriktiven formellen und materiellen Voraussetzungen gemäss Art. 81 f. ZPO für unzulässig erachtet wird, ist Folgendes zu berücksichtigen: Aus Art. 81 ZPO ergibt sich die Voraussetzung, dass der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptklageanspruch stehen muss. Dies folgt aus der Formulierung des Normtextes selbst, gemäss welcher die Streitverkündungsklage einen Anspruch zum Gegenstand haben muss, den die streitverkündende Partei "im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Partei zu haben glaubt". Mit der Streitverkündungsklage können somit nur Ansprüche geltend gemacht werden, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen ( BGE 139 III 67 E. 2.4.3;

Urteil 4A\_341/2014 vom 5. November 2014 E. 3.3). Zudem kann die Streitverkündungsklage nur unter den strengen formellen Voraussetzungen von Art. 81 f. ZPO erhoben werden. Ähnliche Voraussetzungen sieht Art. 71 ZPO nicht vor, und das aus gutem Grund. Denn der Bestand der Forderung, welche die beklagte Partei mit der Streitverkündungsklage gegen die Streitverkündungsbeklagte zu haben glaubt, hängt vom Ausgang des Hauptverfahrens ab. Der Schadloshaltungsanspruch der Streitverkündungsklägerin gegen die Streitverkündungsbeklagte entsteht grundsätzlich erst, nachdem die beklagte Partei im Hauptverfahren unterliegt und zur Erbringung einer Leistung an die Hauptklägerin verpflichtet wird (vgl. GROSS/ZUBER, a.a.O., N. 4 zu Art. 81 ZPO). Dies trifft hingegen nicht auf den Anspruch des Klägers gegen die eventuell beklagten Streitgenossen zu. Seine Forderung gegen den Eventualbeklagten entsteht nicht erst mit der Abweisung der Hauptklage. Vielmehr besteht lediglich eine Ungewissheit darüber, wer für die geltend gemachte Forderung passiv legitimiert ist (vgl. DROESE, a.a.O., S. 144; HUBER-LEHMANN, a.a.O., Rz. 112). Im Falle einer Streitverkündungsklage entsteht sodann ein Mehrparteien-Gesamtverfahren, in dem Ansprüche verschiedener Beteiligter aus mehreren sukzessiven Verfahren in einem Verfahren zu BGE 152 III 51 S. 60 beurteilt sind (BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, a.a.O., S. 147; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2025, S. 199; GROLIMUND/AMMANN, in: Zivilprozessrecht, Staehelin/ Grolimund [Hrsg.], 4. Aufl. 2024, S. 219). Die Beurteilung dieser Ansprüche kann hohe Anforderungen an die richterliche Prozessleitung stellen und die Komplexität des Verfahrens wesentlich erhöhen, weshalb die strengen formellen Anforderungen an die Streitverkündungsklage sachgerecht erscheinen (vgl. BGE 147 III 166 E. 3.1; DOMEJ, a.a.O., N. 1 zu Art. 81 ZPO ; GROLIMUND/AMMANN, a.a.O., S. 219 f.; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, a.a.O., S. 148; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7284). Demgegenüber liegt dem Verfahren mit einer eventuellen passiven Streitgenossenschaft bloss ein Anspruch (oder allenfalls mehrere Ansprüche) des Klägers als Gläubiger zugrunde, wobei geklärt werden soll, ob und gegen wen dieser behauptete Anspruch besteht. Dies erweist sich im Grunde als ein wesentlich einfacheres Verfahren, weshalb sich in diesem Zusammenhang keine ähnlich strengen Vorschriften wie bei der Streitverkündungsklage rechtfertigen. Demnach sprechen keine Gründe gegen die Zulässigkeit einer eventuellen passiven Streitgenossenschaft. Vielmehr dient diese der Durchsetzung des materiellen Rechts (GROSS/ZUBER, a.a.O., N. 6 zu Art. 71 ZPO). In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist demnach von der Zulässigkeit der eventuellen passiven Streitgenossenschaft auszugehen.

#### **E. 5.4**

Damit durfte die Vorinstanz die Gültigkeit der Klagebewilligung nicht sinngemäss mit dem Argument verneinen, die Beschwerdeführerin habe mit der Ergänzung zum Schlichtungsgesuch keine eventuelle passive Streitgenossenschaft bilden dürfen. Vielmehr ist es bundesrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdeführerin nebst der primär eingeklagten Tochtergesellschaft der Beschwerdegegnerin auch diese selbst (eventualiter) eingeklagt hat. In der Folge liess sich die Beschwerdegegnerin denn auch gehörig an der Schlichtungsverhandlung vertreten. Damit wurde entgegen der Auffassung der Vorinstanz gegenüber der Beschwerdegegnerin ein gültiges Schlichtungsverfahren durchgeführt und

die Klagebewilligung ist auch in Bezug auf diese gültig.

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