

# **BGE 148 III 314**

Bundesgericht (BGE), 2022-03-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_III\\_314](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_III_314)

FR: ATF 148 III 314

IT: DTF 148 III 314

## **Regeste**

Regeste Art. 209 Abs. 1 lit. b und Art. 14 Abs. 2 ZPO; Widerklage im Schlichtungsverfahren; Klagebewilligung; Prosequierung. Der Widerkläger kann seine im Schlichtungsverfahren erhobene Widerklage nicht selbständig prosequieren, wenn der Hauptkläger, dem die Klagebewilligung auszustellen ist, die Frist zur Klageeinleitung ungenutzt verstreichen lässt (E. 2).

Regeste Art. 209 al. 1 let. b et art. 14 al. 2 CPC; demande reconventionnelle formée lors de la procédure de conciliation; autorisation de procéder; poursuite de la procédure au fond. Le demandeur reconventionnel ne peut pas soumettre lui-même au tribunal les prétentions reconventionnelles qu'il a élevées lors de la procédure de conciliation, si le demandeur principal, qui s'est vu délivrer l'autorisation de procéder, laisse s'écouler le délai pour introduire la demande sans l'utiliser (consid. 2).

Regesto Art. 209 cpv. 1 lett. b e art. 14 cpv. 2 CPC; domanda riconvenzionale nella procedura di conciliazione; autorizzazione ad agire; continuazione della procedura. Se l'attore principale, al quale va rilasciata l'autorizzazione ad agire, ha lasciato spirare inutilizzato il termine per inoltrare la causa, l'attore riconvenzionale non può prosequire autonomamente con la sua domanda riconvenzionale presentata nella procedura di conciliazione (consid. 2).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Aufl. 2016, S. 173 Rz. 6.38 und S. 354 f. Rz. 11.90; THOMAS SUTTER-SOMM, Das Schlichtungsverfahren der ZPO: Ausgewählte Problempunkte, SZP 2012 S. 69 ff., 84 f.; DANIEL FÜLLEMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO] [nachfolgend: DIKE-Kommentar ZPO], Alexander Brunner und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 24 zu Art. 14 ZPO ; MARKUS MÜLLER-CHEN, DIKE-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 26 zu Art. 62 ZPO ; URS EGLI, DIKE-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 9 zu Art. 209 ZPO ; ERIC PAHUD, DIKE-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 12 zu Art. 224 ZPO . Schliesslich offen "bis zur höchstrichterlichen Klärung": SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 13 zu Art. 14 ZPO ).

### **E. 2.1**

In der Literatur wird die Frage unterschiedlich beantwortet.

#### **E. 2.1.1**

Einige Autoren gehen davon aus, die Schlichtungsbehörde müsse auch dem Widerkläger eine Klagebewilligung ausstellen bzw. BGE 148 III 314 S. 316 dieser müsse auch dann (gestützt auf die dem Hauptkläger ausgestellte Klagebewilligung) an das Gericht gelangen

können, wenn der Hauptkläger die Frist für die Klageeinleitung unbenutzt verstreichen lasse (FRANÇOIS BOHNET, Note zum Urteil 4A\_499/2013 vom 4. Februar 2014 [nachfolgend: Note], SZPP 2014 S. 337; derselbe, in: Commentaire romand, Code de procédure civile [nachfolgend: Commentaire romand], 2. Aufl. 2019, N. 10a zu Art. 202 sowie N. 7 und 11 zu Art. 209 ZPO; PASCAL GROLIMUND, in: Zivilprozessrecht, Adrian Staehelin und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2019, S. 224 § 14 Rz. 35a; AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, in: CPC, Code de procédure civile, Isabelle Chabloz und andere [Hrsg.], 2021, N. 3 zu Art. 209 ZPO; FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 2017 [PD170005-O/U] [nachfolgend: Bemerkungen], ZPO Online vom 14. September 2017; dieselbe, Widerklage im Schlichtungsverfahren - Welche Rechtsfolgen?, ZPO Online vom 11. September 2019; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, in: ZPO, Paul Oberhammer und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, N. 5 zu Art. 209 ZPO; ALAIN GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2016, S. 284 Rz. 779; WEINGART/PENON, Ungeklärte Fragen im Schlichtungsverfahren, ZBJV 151/2015 S. 465 ff., 500 f.; RAPOLD/FERRARI-VISCA, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2013 S. 387 ff., 394 f.).

### **E. 2.1.2**

Ein anderer Teil ist der Auffassung, dem Widerkläger werde keine separate Klagebewilligung ausgestellt, weil seine Klage abhängig sei von jener des Hauptklägers. Erhebe der Hauptkläger keine Klage beim Gericht, entfalle auch die Rechtshängigkeit der bereits im Schlichtungsverfahren erhobenen Widerklage. Es stehe dem Beklagten jedoch frei, anstelle einer Widerklage eine eigenständige Klage anzuheben, indem er zuvor schriftlich oder anlässlich der Schlichtungsverhandlung mündlich ( Art. 202 Abs. 1 ZPO ) ein Schlichtungsgesuch stelle (DOMINIK INFANGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [nachfolgend: BK ZPO], 3. Aufl. 2017, N. 10 zu Art. 209 ZPO; LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 51 zu Art. 224 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, BK ZPO, a.a.O., N. 39 zu Art. 224 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] [nachfolgend: ZPO-Kommentar], Thomas Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 21a zu Art. 224 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, BGE 148 III 314 S. 317

### **E. 2.1.3**

Gespalten ist auch die kantonale Praxis. Während das Obergericht des Kantons Zürich der zweiterwähnten Auffassung folgte (Urteil vom 7. Juli 2017 [PD170005]), entschied das Kantonsgericht Waadt wie die Vorinstanz im Sinne der ersterwähnten Lehrmeinungen (Urteil vom 17. Oktober 2018 [2018/587], in: JdT 2019 III S. 76 ff.).

### **E. 2.2**

Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (grammatikalische Auslegung). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss das Gericht unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat es insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung). Weiter hat das Gericht nach dem Zweck, dem Sinn und dem dem Text zu

Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologische Auslegung). Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt, und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetznormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen ( BGE 146 III 217 E. 5; BGE 145 III 324 E. 6.6 mit Hinweisen).

### **E. 2.2.1**

Der Wortlaut spricht für die zweitgenannte Auffassung (vgl. hiervor E. 2.1.2). Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO nennt den Widerkläger nicht als Adressaten der Klagebewilligung, sondern die "klagende Partei" bzw. - deutlicher noch in der französischen und italienischen Fassung - den "demandeur" bzw. den "attore". Auch in Art. 209 Abs. 3 ZPO, in dem festgelegt wird, wer mit der Klagebewilligung BGE 148 III 314 S. 318 ans Gericht gelangen kann, heisst es im französischen Text ausdrücklich "Le demandeur est en droit de porter l'action devant le tribunal [...]" (Hervorhebung beigefügt; unbestimmtere Formulierung in Deutsch und Italienisch). Entsprechend diesem Wortlaut erteilte die Schlichtungsbehörde auch vorliegend die Klagebewilligung der Klägerin. Auch in der Botschaft ist nur davon die Rede, dass der "klagenden Partei" die Klagebewilligung erteilt werde, welche die klagende Partei ermächtigt, nun an das urteilende Gericht zu gelangen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7221, 7333). Entgegen der Vorinstanz kann nicht gesagt werden, die Formulierung "klagende Partei" umfasse auch die Widerklägerin, weil es sich auch bei dieser um eine klagende Partei handle. Die zwingend vorgeschriebene Erwähnung der Widerklage in der Klagebewilligung besagt nichts Gegenteiliges (so aber: BASTONS BULLETTI, Bemerkungen, a.a.O.). Das Gesetz geht davon aus, dass die Klagebewilligung im Grundsatz anlässlich der Schlichtungsverhandlung oder kurz danach ausgestellt wird (BOHNET, Commentaire romand, a.a.O., N. 5 zu Art. 209 ZPO; FRANCESCO TREZZINI, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC] [nachfolgend: Commentario pratico], Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 209 ZPO). Jedenfalls in diesem Zeitpunkt existiert sowohl eine "klagende Partei" wie auch eine "widerklagende Partei", und es ist nicht ersichtlich, wie diese sich unterscheidenden Parteien unter den gleichen Begriff subsumiert werden können.

### **E. 2.2.2**

Die Widerklage ist unbestritten eine selbständige Klage mit eigenem Streitgegenstand. Daraus wird zum Teil abgeleitet, entsprechend diesem "Wesensmerkmal" müsse der selbständige Charakter der Widerklage ab ihrer Rechtshängigkeit im Schlichtungsverfahren ohne Weiteres zum Tragen kommen (GRIEDER, a.a.O., S. 279 f. Rz. 761 f. i.V.m. Rz. 652 ff.). Darauf berief sich auch die Vorinstanz. Aus dem blossen Begriff der Selbständigkeit kann jedoch nichts per se abgeleitet werden. Vielmehr ergibt sich die Tragweite der Selbständigkeit aus dem systematischen Bezug zu anderen Bestimmungen.

#### **E. 2.2.2.1**

Die Literatur, die sich für eine selbständige Prosequierung der Widerklage ausspricht, verweist in systematischer Hinsicht auf Art. 14 Abs. 2 ZPO, wonach der Gerichtsstand für die Widerklage erhalten bleibt, auch wenn die Hauptklage aus irgendeinem Grund dahinfällt. Dieser Grundsatz müsse auch gelten, wenn die Widerklage im

Schlichtungsverfahren erhoben werde und die klagende BGE 148 III 314 S. 319 Partei die Klage nicht prosequiere (DANIEL STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, Adrian Staehelin und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2019, S. 376 § 20 Rz. 32a; WEINGART/PENON, a.a.O., S. 500 f.). Der systematische Bezug auf Art. 14 Abs. 2 ZPO ist richtig. Die Schlussfolgerung der genannten Autoren ist auch folgerichtig, wenn man davon ausgeht, die Widerklage sei bereits mit ihrer Anmeldung im Schlichtungsverfahren eine selbständige Klage, welche gestützt auf die Klagebewilligung auch unabhängig von der Hauptklage beim Gericht anhängig gemacht werden könne. Daraus ergibt sich jedoch nicht zwingend ein systematisches Argument gegen die oben dargelegte grammatikalische Auslegung. Geht man nämlich von dieser Auslegung aus, liest sich Art. 14 Abs. 2 ZPO so, dass diese Bestimmung voraussetzt, dass die Hauptklage vor Gericht anhängig gemacht wurde und damit die klagende Partei die Klagebewilligung auch tatsächlich beim Gericht eingereicht hat (FÜLLEMANN, DIKE-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 23 und 31 zu Art. 14 ZPO ). Die Auslegung von Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO kann somit nicht unabhängig davon erfolgen, von welchem Verständnis des Widerklagegerichtsstands auszugehen ist.

#### **E. 2.2.2.2**

Art. 14 Abs. 2 ZPO bezieht sich auf den Fall, dass die "Hauptklage aus irgendeinem Grund dahinfällt", ohne dass gesagt wird, ob dies nur Fälle betrifft, in denen sie nach Klageeinleitung beim Gericht dahinfällt oder auch, wenn es gar nie zur Klageeinleitung kommt. Die Literatur nennt als Anwendungsfälle übereinstimmend namentlich Vergleich, Klageanerkennung, Klagerückzug ( Art. 241 ZPO ) oder Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen ( Art. 242 ZPO ). Die Bestimmung greife sodann auch, wenn für die Hauptklage eine Prozessvoraussetzung fehle; einschliesslich wenn auf sie mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eingetreten werden könne (HAAS/SCHLUMPF, in: ZPO, Paul Oberhammer und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, N. 12 zu Art. 14 ZPO ; SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 14 zu Art. 14 ZPO ; PETER RUGGLE, BK ZPO, a.a.O., N. 29 zu Art. 14 ZPO ; GÜNGERICH/WALPEN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 45 zu Art. 14 ZPO ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, S. 124 Rz. 677; JACQUES HALDY, Commentaire romand, a.a.O., N. 13 zu Art. 14 ZPO ; FORNARA/COCCHI, Commentario pratico, a.a.O., N. 8 zu Art. 14 ZPO ). Mit "Wegfall der Hauptklage" sei ein Wegfall durch Sachurteil, Urteilssurrogat oder Prozessurteil gemeint (SUTTER-SOMM/GRIEDER, ZPO-Kommentar, a.a.O., N. 14 zu Art. 14 ZPO ). Sachurteil, BGE 148 III 314 S. 320 Urteilssurrogat oder Prozessurteil setzen aber eine Klageeinreichung beim Gericht voraus. Allgemein wird gesagt, in Art. 14 Abs. 2 ZPO zeige sich die Selbständigkeit der Widerklage, wobei zum Teil auf BGE 123 III 35 E. 3c verwiesen wird (HAAS/SCHLUMPF, a.a.O., N. 12 zu Art. 14 ZPO ; FORNARA/COCCHI, Commentario pratico, a.a.O., N. 8 zu Art. 14 ZPO bei Fn. 143; HALDY, Commentaire romand, a.a.O., N. 13 zu Art. 14 ZPO ). In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht aber festgehalten, dass die Widerklage zwar eine selbständige Klage sei, jedoch eine selbständige Klage "im Rahmen eines anderen Prozesses". Von einer selbständigen Klage im Rahmen eines anderen Prozesses kann man aber nicht sprechen, wenn die Hauptklage gar nie beim Gericht eingereicht wurde.

#### **E. 2.2.2.3**

Dass mit dem Wegfall der Hauptklage nicht das Nichteinreichen der Klagebewilligung durch den Hauptkläger gemeint sein kann, ergibt sich auch aus einer verfassungskonformen

Auslegung von Art. 14 Abs. 2 ZPO . Da die Klage im Normalfall am Wohnsitzgerichtsstand des Beklagten ( Art. 10 ZPO ) zu erheben ist, hat Art. 14 ZPO zur Folge, dass der Hauptkläger in seiner Rolle als Widerbeklagter seinen Wohnsitzgerichtsstand verliert. Art. 14 ZPO nimmt eine Regelung auf, die bereits in Art. 6 des Bundesgesetzes vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG; AS 2000 2355) enthalten und zuvor in der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis als mit Art. 59 aBV (Garantie des Wohnsitzrichters) vereinbar erklärt worden war. Die teleologische Begründung für diese Ausnahme vom Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten ergibt sich aus der erforderlichen Konnexität zwischen Klage und Widerklage; die gerichtliche Beurteilung der Klage fördert in tatsächlicher Hinsicht auch diejenige der Widerklage ( BGE 87 I 126 E. 3). Zwar kann nun gemäss Art. 30 Abs. 2 BV (anders als noch unter Art. 59 aBV ) durch Gesetz vom Wohnsitzgerichtsstand abgewichen werden. Wenn jedoch eine Bestimmung unklar ist, ist im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen, dass die Verfassung nach wie vor am Grundsatz des Wohnsitzgerichtsstands festhält und Art. 30 Abs. 2 BV die Funktion einer Gerichtsstandsgarantie zukommt (IVO SCHWANDER, DIKE-Kommentar ZPO, a.a.O., N. 3 zu Art. 10 ZPO ). Die entsprechende Bestimmung ist daher im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung im Sinne des Erhalts des Wohnsitzgerichtsstands auszulegen (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 39 BGE 148 III 314 S. 321 und 41 zu Art. 30 BV ; zur Auslegung einer Gerichtsstandsbestimmung im Hinblick auf Art. 30 Abs. 2 BV vgl. auch BGE 129 III 80 E. 2.2). Das Verständnis einer selbständigen Widerklage auch im Falle unterlassener Prosequierung der Hauptklage würde nun aber bewirken, dass der Widerkläger mit der dem Hauptkläger ausgestellten Klagebewilligung seines eigenen Wohnsitzgerichtsstands klagen kann. Damit würde dem Widerbeklagten - der mangels Prosequierung der Hauptklage nunmehr nur noch Beklagter ist - als Folge einer ausdehnenden Auslegung von Art. 209 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO der Wohnsitzgerichtsstand entzogen. Die prozessökonomisch begründete Auslegung gemäss der in E. 2.2.1 hiervor angeführten Literatur widerspricht daher auch dem Gebot einer verfassungskonformen Auslegung. Eine solche führt vielmehr dazu, dass dem Kläger, der auf Klageeinleitung verzichtet, der Wohnsitzgerichtsstand erhalten bleiben muss, wenn der Widerkläger nun seinerseits in einer vollständig unabhängigen Klage gegen ihn vorgehen will.

### **E. 2.2.3**

Die für die Gegenmeinung weiter ins Feld geführten Argumente kommen gegen dieses Auslegungsergebnis nicht an. Vor allem wird geltend gemacht, es sei nicht logisch, dass die Widerklage gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO zwar rechtshängig werde, dann aber ohne Einreichung der Hauptklage nicht fortgeführt werden könne. Ein solches Verständnis hätte für den Widerkläger nur Nachteile, könne er doch während der dreimonatigen Frist zufolge der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit ( Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO ) seiner Widerklage seine Ansprüche nicht sonstwie einklagen, was bei Ablauf peremptorischer Fristen in diesem Zeitraum zu einem Rechtsverlust führen könne (BOHNET, Commentaire romand, a.a.O., N. 10a zu Art. 202 ZPO ). Da der Widerkläger ja nicht gezwungen sei, seine Widerklage bereits im Schlichtungsverfahren einzubringen ( Art. 198 lit. g ZPO ), gehe es bei der Erwähnung der Widerklage in Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO eben darum, ihm die selbständige Fortführung des Prozesses zu ermöglichen (BOHNET, Note, a.a.O., S. 337; BASTONS BULLETTI, Bemerkungen, a.a.O.). Dies überzeugt deshalb nicht, weil der Widerkläger

seine Widerklage bei gescheiterter Schlichtung zurückziehen kann, ohne dabei die Folgen von Art. 65 ZPO befürchten zu müssen, und sie später - wenn der Kläger seine Klage prosequiert hat - im Rahmen der Klageantwort einreichen kann. Es steht ihm auch offen, von Anfang an ein eigenes Schlichtungsverfahren einzuleiten (INFANGER, BK ZPO, a.a.O., N. 10 zu Art. 209 ZPO ; SUTTER-SOMM, a.a.O., S. 85). BGE 148 III 314 S. 322

#### **E. 2.2.4**

An der vorstehenden Auslegung, welche sich in systematischer Hinsicht auf den Zusammenhang mit der Bestimmung zum Widerklagegerichtsstand stützt, um die Tragweite der Selbständigkeit der Widerklage im Allgemeinen zu bestimmen, ändert nichts, dass im konkreten Anwendungsfall Art. 14 ZPO nicht zum Tragen kommt, da Klage und Widerklage eine Mietstreitigkeit betrafen, für welche gemäss Art. 33 ZPO der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache gilt.

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