

# ZG\_OBERGERICHT Z1 2023 36 vom 29. Mai 2024

ZG Obergericht, 2024-05-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_Z1\\_2023\\_36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_Z1_2023_36)

FR: ZG\_OBERGERICHT Z1 2023 36 du 29 mai 2024

IT: ZG\_OBERGERICHT Z1 2023 36 del 29 maggio 2024

## Regeste

Liquidation einer einfachen Gesellschaft | übriges Famil-/Vmschaftsrecht

## Erwägungen

### E. 1

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, liegt ein internationaler Sachverhalt vor, für dessen Beurteilung die Zuger Gerichte örtlich zuständig sind. Im Weiteren hielt sie richtig fest, dass bezüglich des Verfahrens die schweizerische Zivilprozessordnung und materiell das schweizerische Recht anwendbar sind. Diese Erwägungen (act. 66 E. 1) sind zu Recht unbestritten geblieben, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann (zur Zulässigkeit eines solchen Verweises vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_88/2020 vom 11. Februar 2021 E. 3.4).

### E. 2

Die Vorinstanz begründete den angefochtenen Entscheid zusammengefasst wie folgt (act. 66 E. 2):

#### E. 2.1

Sofern dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsverfahren vorauszugehen habe (Art. 197 ZPO), sei mit der Klage die Klagebewilligung oder die Erklärung einzureichen, dass auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werde (Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO). Dabei handle es sich um eine Prozessvoraussetzung, bei deren Fehlen auf die Klage nicht einzutreten sei.

#### E. 2.2

Nachdem die Klägerin keine Klagebewilligung eingereicht habe, sei zu prüfen, ob rechtmässig auf die Durchführung der Schlichtungsverhandlung verzichtet worden sei.

##### E. 2.2.1

Die Verzichtserklärung ersetze die Klagebewilligung im Anwendungsbereich des fakultativen Schlichtungsversuchs, wenn die Parteien unter den gesetzlichen Ausnahmevoraussetzungen auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens (einseitig oder beidseitig) verzichten könnten. Mit dem Verzicht werde ein Kompetenzrecht ausgeübt. Wenn der Verzicht gestützt auf Art. 199 Abs. 1 ZPO gemeinsam erklärt werden müsse und überhaupt keine Verzichtserklärung vorliege, sei auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten; liege wenigstens eine Verzichtserklärung des Klägers vor, so könne das Gericht die Klage zustellen, weil der Beklagte durch vorbehaltlose Einlassung konkludent verzichten könne.

Seite 8/17

##### E. 2.2.2

Nach Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO könne die klagende Partei einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten, wenn die beklagte Partei Sitz oder Wohnsitz im Ausland habe. Möchte der Kläger im Sinne einer einfachen (passiven) Streitgenossenschaft gegen mehrere Parteien vorgehen, von welchen nicht alle Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz hätten, so sei das Schlichtungsverfahren lediglich für den Anspruch gegen die Partei mit bekanntem Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz obligatorisch. Die übrigen Parteien könne er erst in der Klage an das Gericht einziehen. Soweit Forderungen und nicht dingliche Rechte Streitgegenstand seien, bestehe bei Passivprozessen gegen die einfache Gesellschaft keine notwendige Streitgenossenschaft. Vielmehr gelte der Grundsatz der solidarischen Haftung. Handle es sich wie vorliegend um Forderungen gegen die Gesellschafter, könne daher jeder Gesellschafter einzeln eingeklagt werden.

### **E. 2.3**

Im vorliegenden Verfahren liege keine Verzichtserklärung nach Art. 199 Abs. 1 ZPO vor. Deshalb habe sich die Beklagte 2 "auch nicht auf den Verzicht auf das Schlichtungsverfahren einlassen" können. Und selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die einseitige Verzichtserklärung nach Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO als impliziter Antrag auf die beidseitige Verzichtserklärung nach Art. 199 Abs. 1 ZPO zu verstehen sei, wäre zu berücksichtigen, dass die Beklagte 2 im Rahmen der Klageantwort geltend gemacht habe, dass das mit der Sache befasste Gericht die formellen Voraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen habe. Hieraus könne nicht auf eine konkludente Einlassung gemäss Art. 199 Abs. 1 ZPO geschlossen werden. Dies gelte umso mehr, als die Beklagte 2 im Rahmen ihrer Ausführungen unmittelbar auf die einseitige Verzichtserklärung der Klägerin Bezug genommen und dabei festgehalten habe, dass die Voraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen seien. Folglich sei aus den Vorbringen der Beklagten 2 zu schliessen, dass diese die Prüfung der formellen Voraussetzungen ausdrücklich verlangt habe.

### **E. 2.4**

Die Beklagte 2 habe während des gesamten Verfahrens Wohnsitz in der Schweiz gehabt. Folglich habe zu keinem Zeitpunkt ein zulässiger Grund vorgelegen, um einseitig gegenüber der Beklagten 2 auf das Schlichtungsverfahren nach Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO zu verzichten. Vielmehr hätte die Klägerin ein Schlichtungsverfahren mit der Beklagten 2 durchführen müssen. Dies hätte sich auch deshalb aufgedrängt, weil den Parteien während des gesamten Verfahrens die Möglichkeit verwehrt geblieben sei, sich zumindest einmal persönlich gegenüberzutreten und sich miteinander auszusprechen. Folglich sei eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei.

### **E. 3**

Dem hält die Klägerin in der Berufung im Wesentlichen Folgendes entgegen (act. 70 S. 6-10 und S. 38 f.):

#### **E. 3.1**

Die Klägerin und die Beklagte 2 hätten im vorinstanzlichen Verfahren mehr oder weniger deckungsgleich beantragt, dass die vom Beklagten 1 und der Beklagten 2 gebildete einfache Gesellschaft aufzulösen sei und die im Gesamteigentum stehenden Grundstücke in H. \_\_\_\_\_ zu veräussern seien. Trotz divergierender Anträge hinsichtlich der Aufteilung des Erlöses sei damit bezüglich eines der Hauptanliegen der Klägerin ein "gemeinsamer Prozessantrag [...] entstanden".

### **E. 3.2**

Die Klägerin habe schon eingangs der Klage [act. 1 S. 3] das Kantonsgericht und alle Parteien direkt darauf hingewiesen, dass auf ein Schlichtungsverfahren gestützt auf Art. 199

Seite 9/17 Abs. 2 lit. a ZPO verzichtet werde. Damit habe sie als Klägerin einseitig auf das Schlichtungsverfahren in diesem Prozess verzichtet. Im vorliegenden Verfahren gebe es sodann zwei Beklagte. Der Beklagte 1, um dessen Gesellschaftsanteil es in der Klage gehe, habe bei Klageerhebung unbestritten Wohnsitz im Ausland gehabt, während die Beklagte 2 in der Schweiz gewohnt habe. Die vorliegende Klage richte sich auf den Gesellschaftsanteil des Beklagten 1. Die Beklagte 2 sei Mitgesellschafterin und habe sich klarerweise "konkludent auf den einseitigen Verzicht eingelassen".

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 59 ZPO trete das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch nur ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt seien. Diese seien von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Die Klägerin habe nach der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung der Prozessvoraussetzungen und anschliessender Prozesshängigkeit von der "Validität" der vorliegenden Klage ausgehen dürfen, zumal sie der Klage sogar noch die vorgängige Eingabe an die Schlichtungsbehörde H. \_\_\_\_\_ (act. 1/15) beigelegt habe. Im Anschluss an "die Eröffnung des Verfahrens" sei ab dem Jahr 2020 fortwährend viele Jahre prozessiert worden. Dabei seien nicht nur Vorladungen der Parteien zu verschiedenen Sitzungen in Zug versandt, sondern auch Belege, Dokumente und Beweise einverlangt sowie ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden. Und dies alles nur, um Mitte 2023 "einfältig zu entscheiden", dass die Prozessöffnung im Jahr 2020 wegen fehlender Prozessvoraussetzungen doch ungültig gewesen sei. Auch nach Auffassung der Vorinstanz hätte der Prozess also gar nie rechtshängig gemacht werden dürfen. Bis zum Nichteintretensentscheid vom 5. Juli 2023 sei jedoch nie ein entsprechender "Erlass" ergangen, obwohl die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, der Klägerin vor Prozessöffnung die "Prozessmängel" oder andere Gründe und die damit verbundene "Prozessabsage" begründet und rechtsgenügend mitzuteilen. Stattdessen habe sie den Prozess trotz der "herrschenden Nichtigkeit" über Jahre geführt und dabei den Parteien unzählige Prozessanweisungen übermittelt. Wäre die Vorinstanz bereits im Jahr 2020 auf die Klage nicht eingetreten, hätte die Klägerin diesen Entscheid "evaluieren" und eventuell die fehlenden Prozessvoraussetzungen nachholen oder noch schaffen können. Das Vorgehen des Kantonsgerichts und der Ablauf dieses Prozesses habe die Klägerin "der Möglichkeit beraubt, mündig in dieser Klage auf den eigentlichen Status quo zu agieren". Die Vorinstanz habe sie nach drei Jahren unvermittelt vor vollendete Tatsachen gestellt, die ihr zu jenem fortgeschrittenen Zeitpunkt keine Optionen mehr offengelassen hätten. Ein solches Vorgehen sei unredlich sowie moralisch und rechtlich verwerflich. Ungültigkeit aufgrund fehlender Prozessvoraussetzung erst am Prozessende festzustellen, sei nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz habe rechtsmissbräuchlich gehandelt und den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt. Es sei nicht vorstellbar, dass sich eine andere staatliche Behörde "nach jahrelangen intensiven Umtrieben" auf Ungültigkeit berufen könnte. Mit der unterlassenen Gültigkeitsprüfung habe die Vorinstanz "die Rechtssicherheit mit Füßen getreten". Der späte Nichteintretensentscheid habe für die Klägerin nicht wiedergutmachende Nachteile zur Folge. Die unlautere Prozessführung habe ihr hohe, ungedeckte Kosten verursacht, aber dennoch kein Resultat, d.h. ein materielles Urteil, hervorgebracht. Zudem solle die Klägerin auch noch für die Entscheidgebühr von CHF

8'500.00 und eine Parteientschädigung der Beklagten 2 von CHF 24'735.00 aufkommen, was insgesamt völlig willkürlich sei. Der angefoch-

Seite 10/17 tene Entscheid sei deshalb aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

In der verbesserten Berufungsantwort ("Berufungsanschluss") vom 20. November 2023 (act. 79) folgt der Beklagte 1 grösstenteils den von der Klägerin in der Berufung vorgetragene Argumenten. Sinngemäss beantragt auch er, dass die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Auf seinen Antrag, wonach Kantonsrichter G. \_\_\_\_\_ bei der erneuten Entscheidung der Vorinstanz in den Ausstand zu treten habe, wird weiter hinten (E. 7.3) eingegangen.

#### **E. 5**

Die Beklagte 2 schliesst sich demgegenüber weitgehend den vorinstanzlichen Erwägungen an. Ihre Ausführungen in der Berufungsantwort (act. 73) lassen sich wie folgt zusammenfassen:

##### **E. 5.1**

Die Beklagte 2 habe hauptsächlich die Abweisung der Klage beantragt. Lediglich als Eventualanträge habe sie die Verpflichtung der Parteien zur Durchführung der äusseren und der inneren Liquidation der einfachen Gesellschaft beantragt. Folglich deckten sich ihre Anträge mitnichten mit denjenigen der Klägerin. Nachdem die Beklagte 2 in erster Linie die Abweisung der Klage beantragt habe, könne von einem gemeinsamen Prozessantrag zur Durchführung der Liquidation der einfachen Gesellschaft keine Rede sein.

##### **E. 5.2**

Ferner treffe es zwar zu, dass die Klägerin in der Klage angegeben habe, einseitig auf das Schlichtungsverfahren zu verzichten, weil sie wegen des ausländischen Wohnsitzes des Beklagten 1 Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO für anwendbar gehalten habe. Diese Bestimmung sei indessen nicht einschlägig und ändere nichts daran, dass dem Zivilprozess gegen die in der Schweiz wohnhafte Beklagte 2 zwingend ein Schlichtungsverfahren vorangehen müsse, sofern diese nicht explizit auf dessen Durchführung verzichtet habe. Ein solcher Verzicht werde indessen dezidiert bestritten: Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens explizit oder konkludent auf die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung verzichtet. Vielmehr habe sie sich von Anfang an auf den Standpunkt gestellt, dass die Vorinstanz die Prozessvoraussetzungen vom Amtes wegen zu prüfen habe. Eine Einlassung oder ein konkludenter Verzicht auf ein Schlichtungsverfahren gehe damit nicht einher, zumal es ausschliesslich um die Frage eines einseitigen Verzichts der Klägerin gegangen sei. Von einem gemeinsamen Verzicht der Parteien gemäss Art. 199 Abs. 1 ZPO sei nie die Rede gewesen.

##### **E. 5.3**

Das Gericht habe die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen jederzeit bis zu einem Endentscheid zu prüfen. Verantwortlich für die Erfüllung der Prozessvoraussetzungen seien die Parteien. Dass die Klägerin nun versuche, ihre eigenen Versäumnisse als solche der Vorinstanz darzustellen, gehe nicht an. Für ihre Versäumnisse sei die Klägerin alleine verantwortlich. Dass die Vorinstanz verpflichtet gewesen sein solle, umgehend nach

Prozesseröffnung einen Nichteintretensentscheid zu fällen, treffe nicht zu. Ihr Vorgehen sei weder unrechtmässig noch rechtsmissbräuchlich. Die Klägerin hätte den prozessualen Mangel jederzeit beheben können, indem sie nachträglich ein Schlichtungsverfahren eingeleitet und so eine Klagebewilligung erwirkt hätte. Es liege keineswegs an der Beklagten 2, die Klägerin auf ihre Versäumnisse aufmerksam zu machen oder gar an ihrer Stelle ein Schlichtungsverfahren einzuleiten. Überdies habe die Klägerin mit ihrem pflichtwidrigen Nichterscheinen zu

Seite 11/17 Gerichtsverhandlungen in dem von ihr angehobenen Zivilprozess dem befassten Gericht jede Möglichkeit genommen, sie allenfalls auf ihre Versäumnisse aufmerksam zu machen. Die von der Klägerin gegenüber der Vorinstanz erhobenen Vorwürfe erfolgten somit wider Treu und Glauben und seien rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 5.4**

Mithin erweise sich der Rückweisungsantrag der Klägerin als unbegründet, weshalb die Berufung abzuweisen sei.

#### **E. 6**

Vorab ist der Vorinstanz insoweit zuzustimmen, als eine gültige Klagebewilligung oder ein gültiger Verzicht auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens zu den Prozessvoraussetzungen gehören. Richtig ist auch, dass das Gericht auf eine Klage nur eintritt, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 ZPO), und das Gericht diese Voraussetzungen von Amtes wegen prüft (Art. 60 ZPO; vgl. BGE 149 III 12 E. 3.1.1.2 m.w.H.). Ausserdem hielt die Vorinstanz zu Recht fest, dass die Beklagten eine einfache Streitgenossenschaft bilden und das Schlichtungsverfahren lediglich für den Anspruch gegen die in der Schweiz wohnhafte Beklagte 2 obligatorisch war, während es der Klägerin gestattet war, den im Ausland wohnhaften Beklagten 1 (gestützt auf Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO) erst in der Klage in das Verfahren einzubeziehen (vgl. dazu auch BGE 149 III 12 E. 3.1.1.3). Im Ergebnis kann der Vorinstanz – und mit ihr der Beklagten 2 – jedoch nicht gefolgt werden.

#### **E. 6.1**

Gemäss Art. 199 Abs. 1 ZPO können die Parteien bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens 100'000 Franken gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten.

#### **E. 6.1.1**

Da es sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt und der Streitwert CHF 235'776.80 beträgt (vgl. act. 66 E. 4.1), ist die erste Voraussetzung von Art. 199 Abs. 1 ZPO unbestrittenermassen erfüllt (vgl. BGE 146 III 185 E. 4.1.3 f.). Die Vorinstanz ging jedoch davon aus, dass keine Verzichtserklärung (der Klägerin) nach Art. 199 Abs. 1 ZPO vorliege, weshalb sich die Beklagte 2 "auch nicht auf den Verzicht auf das Schlichtungsverfahren [habe] einlassen" können (act. 66 E. 2.2). Dies mag insofern zutreffen, als die Klägerin in der Klage bemerkte, dass auf "ein Schlichtungsverfahren [...] gestützt auf Art. 199 Abs. 2a ZPO verzichtet" worden sei (act. 1 S. 3). Zudem war es der offenbar einem Rechtsirrtum unterliegenden Klägerin grundsätzlich nicht gestattet, auch gegenüber der Beklagten 2 auf die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zu verzichten (vgl. vorne E. 6). Aufgrund des expliziten Hinweises der Klägerin und der fehlenden Klagebewilligung (s. auch act. 1/15) war der (tatsächliche) Verzicht der Klägerin aber sowohl für das Kantonsgericht wie auch für die Beklagte 2 klar erkennbar. Hinzu

kommt, dass die gemäss Art. 199 Abs. 1 ZPO erforderliche Verzichtserklärung keiner besonderen Form bedarf und auch konkludent abgegeben werden kann. So liegt ein konkludenter Verzicht vor, wenn sich die beklagte Partei auf eine ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren eingereichte Klage einlässt, d.h. sich vorbehaltlos zur Sache äussert (vgl. Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 199 ZPO N 5, und Urteil des Bundesgerichts 5A\_1006/2020 vom 16. März 2021 E. 3.3, je m.w.H.).

### **E. 6.1.2**

Dies hat die Beklagte 2 offenkundig getan. Sie stellte nach der Zustellung der Klage ohne irgendwelche Vorbehalte ein Gesuch um Sicherstellung ihrer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 25'000.00 und beantragte, es sei ihr die Frist zur Einreichung der Klageantworte 12/17 wort einstweilen abzunehmen (act. 6). In der Folge nahm sie auch zum Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Stellung, wobei sie sich in erster Linie auf den Standpunkt stellte, dass die von der Klägerin im Hauptprozess gestellten Anträge unnötig und aussichtslos seien. Das Schlichtungsverfahren bzw. die fehlende Klagebewilligung erwähnte sie hingegen mit keinem Wort (vgl. act. 13). Schliesslich stellte sie in der 45-seitigen Klageantwort (act. 19) nicht den Antrag, dass auf die Klage mangels Durchführung des Schlichtungsverfahrens nicht einzutreten sei. Vielmehr beantragte sie, dass die Klage abzuweisen sei bzw. die Beklagten 1 und 2 eventualiter zu verpflichten seien, die äussere und innere Liquidation der zwischen ihnen bestehenden einfachen Gesellschaft durchzuführen. Spätestens mit dieser Eingabe hat sich die Beklagte 2 vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen und damit konkludent auf die Durchführung des an sich notwendigen Schlichtungsverfahrens verzichtet. Ihr blosser, in keiner Art und Weise konkretisierter Hinweis, dass das befassende Gericht die formalen Voraussetzungen von Amtes zu prüfen habe (act. 19 Rz 40), vermag daran nichts zu ändern. Der Widerruf dieses Verzichts ist sodann nicht möglich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_1006/2020 vom 16. März 2021 E. 3.3 m.H.). Dies gilt umso mehr, als die Beklagte 2 in der Folge auch noch vorbehaltlos eine Duplik einreichte (act. 32), sich im Rahmen des Replikrechts zu einer Stellungnahme der Klägerin vom 2. März 2022 äusserte (vgl. act. 47-49) und nicht nur zur vorgesehenen Parteibefragung erschien (act. 56), sondern sich auch an der Hauptverhandlung vertreten liess (act. 62). Die Beklagte 2 bestreitet zwar "dezidiert", dass sie auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichtet habe. Dass sie sich auf das Verfahren vorbehaltlos eingelassen hat, kann sie unter den gegebenen Umständen aber nicht ernsthaft bestreiten. Zudem kann sich die Beklagte 2 nach ihrer Einlassung nicht mehr auf die Säumnisse der Klägerin bei der Klageeinleitung berufen. Verfehlt ist schliesslich ihr Vorwurf, die Klägerin habe sich treuwidrig verhalten, indem sie mit ihrem pflichtwidrigen Nichterscheinen zu Gerichtsverhandlungen in dem von ihr angehobenen Zivilprozess dem Gericht jede Möglichkeit genommen habe, sie allenfalls auf ihre Versäumnisse aufmerksam zu machen (vgl. vorne E. 5.3): Auch dem Rechtsvertreter der Beklagten 2 ist wohl bekannt, dass die Gerichte nicht nur an den Verhandlungen mit den Parteien kommunizieren (können).

### **E. 6.1.3**

Nach dem Gesagten steht fest, dass sich die Beklagte 2 vorbehaltlos auf das vorinstanzliche Verfahren eingelassen und damit zumindest konkludent auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichtet hat. Ein solcher Verzicht ist gemäss Art. 199 Abs. 1

ZPO gültig. Somit waren im Zeitpunkt der Fällung des erstinstanzlichen Urteils sämtliche Prozessvoraussetzung erfüllt, weshalb die Vorinstanz auf die Klage hätte eintreten müssen. Nur schon aus diesem Grund ist die vorliegende Berufung begründet.

## **E. 6.2**

Hinzu kommt Folgendes:

### **E. 6.2.1**

Alle am Zivilprozess beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 52 ZPO; vgl. weiter Art. 5 Abs. 3 BV). Sie sind daher gehalten, verfahrensrechtliche Einwendungen so früh wie möglich vorzubringen, mithin bei erster Gelegenheit nach Kenntnisnahme des Mangels. Ansonsten können sie diese nicht mehr erheben (BGE 149 III 12 E. 3.2.1 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_201/2021 vom 25. November 2021 E. 3.3.1, je m.w.H.). Dies gilt nicht nur für die Parteien und am Prozess beteiligte Drittpersonen. Vielmehr hat auch das Gericht möglichst frühzeitig von Amtes wegen Abklärungen zu treffen und auch ohne Einwand der beklagten Partei den Tatsachen nachzugehen, welche die Gültigkeit der Klagebewilligung

Seite 13/17 und damit die Zulässigkeit der Klage beeinflussen könnten. Liegt keine gültige Klagebewilligung (oder kein gültiger Verzicht auf das Schlichtungsverfahren) vor, hat es unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien rasch einen Nichteintretensentscheid zu fällen (vgl. BGE 146 III 185 E. 4.4.2; s. dazu auch Carr, Stolpersteine im Schlichtungsverfahren, ZZZ 2023 S. 342 ff., 345 ff. m.w.H.).

### **E. 6.2.2**

Das Vorgehen der Vorinstanz erscheint vorab insofern widersprüchlich, als sie im angefochtenen Entscheid darauf hinwies, dass die Beklagte 2 in der Klageantwort unmittelbar auf die einseitige Verzichtserklärung der Klägerin Bezug genommen und festgehalten habe, dass die formellen Voraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen seien. Damit habe die Beklagte 2 – so die Vorinstanz – ausdrücklich die Prüfung der Prozessvoraussetzungen verlangt (vgl. vorne E. 2.3). Weshalb die Vorinstanz das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung dann erst im Endentscheid und nicht spätestens beim Eingang der Klageantwort prüfte, legte sie indes nicht dar. Dementsprechend ist unklar, ob dies versehentlich geschah oder ob auch die Vorinstanz während des Verfahrens der Auffassung war, dass sich die Beklagte 2 darauf eingelassen und damit auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichtet hatte. In ihrer Stellungnahme vom 13. November 2023 räumt sie nun immerhin ein, dass die Prüfung der Prozessvoraussetzungen aus prozessökonomischen Gründen zwar möglichst frühzeitig stattfinden sollte. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei es dem Gericht jedoch nicht untersagt, seine Zuständigkeit erst in einem fortgeschritteneren Prozessstadium zu überprüfen. Was für die Zuständigkeit gelte, habe ebenso für die Klagebewilligung bzw. das Schlichtungserfordernis zu gelten, zumal "beide Punkte" Prozessvoraussetzungen darstellten (act. 78 S. 1). Dieser Auffassung kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

### **E. 6.2.3**

Zum einen ging es bei den von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheiden nicht um fehlende Prozessvoraussetzungen, die wie im vorliegenden Fall durch das Verhalten der beklagten Partei geheilt werden können. Vielmehr betrafen sie die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, bei deren Fehlen ein Entscheid grundsätzlich nichtig ist, was von Amtes wegen zu

berücksichtigen ist (vgl. BGE 147 III 226 E. 3.1.2 m.w.H.; Carr, a.a.O., S. 346). Zum anderen hat die Vorinstanz das Schlichtungserfordernis nicht "möglichst frühzeitig" und auch nicht "in einem fortgeschritteneren Prozessstadium", sondern nach einem fast drei Jahre dauernden Verfahren geprüft. Die Gründe für dieses Vorgehen sind – wie eben dargelegt – nicht nachvollziehbar. Wie es sich damit verhält, kann letztlich jedoch offenbleiben, weil sich der vorinstanzliche Entscheid mit dem Grundsatz von Treu und Glauben so oder anders nicht vereinbaren lässt. Hinzu kommt, dass der Hauptzweck des Schlichtungsverfahrens, die Parteien in formloser Verhandlung zu versöhnen (Art. 201 Abs. 1 ZPO), unter den gegebenen Umständen ohnehin nicht mehr erfüllt werden kann. Damit verschwindet auch der Entlastungseffekt, den sich der Gesetzgeber vom Schlichtungsobligatorium für die Gerichte erhofft hat. In einem solchen Fall hat das Interesse der Parteien (auch der Beklagten 2) an einem Entscheid in der Sache mehr Gewicht, weshalb die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, trotz mangelnder Klagebewilligung auf die Klage einzutreten (vgl. Carr, a.a.O., S. 342 und 347). Als treuwidrig ist im Übrigen auch das Verhalten der Beklagten 2 zu betrachten. Nachdem sie sich vorbehaltlos auf das vorinstanzliche Verfahren eingelassen hat, erscheinen ihre Vorbringen im vorliegenden Verfahren als rechtsmissbräuchlich. Mithin erweist sich die Berufung auch unter diesem Aspekt als begründet.

Seite 14/17

### **E. 6.3**

Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz auf die Klage eintreten und diese materiell beurteilen müssen. Folglich ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

### **E. 7**

Zu einzelnen Punkten bleibt noch Folgendes zu bemerken:

#### **E. 7.1**

Der vorinstanzliche Entscheid wurde der Klägerin – entgegen ihren Ausführungen in der Berufungsschrift (act. 70 S. 12 ff.) – rechtsgültig zugestellt (vgl. act. 78 S. 3 Ziff. 3; s. dazu auch act. 67 und act. 95-97). Dementsprechend kann die Klägerin diesbezüglich auch keine Entschädigung von CHF 1'000.00 geltend machen (vgl. act. 70 S. 16 und 39; im Betrag von CHF 11'500.00 gemäss Ziff. 3 des Rechtsmittelbegehrens enthalten). Abgesehen davon war es der Klägerin unbestrittenermassen möglich, innert Frist Berufung zu erheben, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

#### **E. 7.2**

Die Klägerin wirft der Vorinstanz zudem vor, sie wegen ihrer russischen Staatsangehörigkeit diskriminiert zu haben (act. 70 S. 11 f.). Auch damit ist die Klägerin nicht zu hören. Wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 13. November 2023 zu Recht festhält, ist nicht erkennbar, inwiefern die Klägerin durch den (einmaligen) Hinweis auf ihre russische Staatsangehörigkeit diskriminiert worden sein soll. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass sich dieser Umstand in irgendeiner Form zuungunsten der Klägerin ausgewirkt hat (vgl. act. 78 S. 3 Ziff. 2). Die Ausführungen der Klägerin und ihr darauf gestützter Antrag auf Zahlung von CHF 500.00 für "Schadenersatz/Genugtuung" (vgl. act. 70 S. 12 und 39; ebenfalls im Betrag von CHF 11'500.00 gemäss Ziff. 3 des Rechtsmittelbegehrens enthalten) entbehren offenkundig jeglicher Grundlage, weshalb

auch darauf nicht weiter einzugehen ist.

### **E. 7.3**

Wie die Klägerin beantragt auch der Beklagte 1, dass die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Zudem stellt er das Begehren, dass bei der erneuten Entscheidung der Vorinstanz Kantonsrichter G. \_\_\_\_\_ in den Ausstand zu treten habe (vgl. vorne E. 4).

#### **E. 7.3.1**

Allgemein ist dazu festzuhalten, dass der Beklagte 1 und die Beklagte 2 eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO bilden. Damit stehen sie in einem eigenständigen Rechtsverhältnis zur Klägerin und sind befugt, den Prozess unabhängig vom anderen Streitgenossen zu führen (Art. 71 Abs. 3 ZPO). Jeder Streitgenosse kann selbst entscheiden, welche Behauptungen er erheben und welche Vorbringen der Gegenpartei er bestreiten will. Prozesshandlungen und Säumnisse eines einfachen Streitgenossen reichen den anderen Streitgenossen weder zum Vorteil noch zum Nachteil. Schliesslich entfaltet ein gegenüber einem Streitgenossen ergangenes Urteil grundsätzlich keinerlei Rechtskraftwirkung für die anderen einfachen Streitgenossen (BGE 149 III 12 E. 3.1.1.3 m.w.H.). Einfache Streitgenossen sind sodann unabhängig voneinander zu Rechtsmitteln legitimiert, weshalb ein Rechtsmittel auch dann zu behandeln ist, wenn es nur von einem einzigen Streitgenossen erhoben wird (vgl. Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO N 37; Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 71 ZPO N 13). Einfache Streitgenossen sind dementsprechend auch befugt, sich in der Berufungsantwort der gegnerischen Berufung anzuschliessen, wenn sie die Abänderung des erstinstanzlichen Entscheids zu ihren Gunsten anstreben und

Seite 15/17 daher eigene Anträge in der Sache stellen (vgl. Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1128 m.H.).

#### **E. 7.3.2**

Aufgrund der eben dargelegten Erwägungen kann dem Beklagten 1 nicht verwehrt werden, sich der Berufung der Klägerin anzuschliessen und eigene Anträge mit selbständigen Begründungen zu stellen. Der Beklagte 1 verkennt jedoch, dass das Obergericht im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht über den künftigen Ausstand eines erstinstanzlichen Gerichtsmitglieds entscheiden kann. Es kann einzig prüfen, ob im vorinstanzlichen Verfahren Ausstandspflichten gemäss Art. 47 ZPO verletzt worden sind und der angefochtene Entscheid allenfalls aus diesem Grund aufzuheben ist. Demzufolge kann auf den Antrag des Beklagten 1 nicht eingetreten werden.

#### **E. 7.3.3**

Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass richterliche Verfahrens- oder Einschätzungsfehler für sich allein genommen nicht Ausdruck von Voreingenommenheit sind, ebenso wenig inhaltliche falsche Entscheide oder Fehler in der Verhandlungsführung (vgl. statt Vieler Kiener, in Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. A. 2021, Art. 47 ZPO N 19 m.w.H.). Im Weiteren ist zu beachten, dass der Beklagte 1 Kantonsrichter G. \_\_\_\_\_ kurz vor der Hauptverhandlung aufgefordert hat, "in diesem Prozess freiwillig in den Ausstand zu treten und diesen Fall einem neutralen Richter/Richterin zu übergeben".

Diesen Antrag wies der Referent mit Entscheid vom 2. Februar 2023 ab (vgl. act. 60 f.). Der Beklagte 1 hat diesen Entscheid nicht mit Beschwerde angefochten, weshalb es sich erübrigt, auf die von ihm in der Berufungsantwort erhobenen Vorwürfe einzugehen (vgl. Art. 49 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 2 ZPO; s. auch Art. 92 BGG). Dies gilt umso mehr, als der Beklagte 1 dort grösstenteils lediglich wiederholt, was er bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat, und seine diesbezüglichen Ausführungen ungebührlich sind, weshalb sie gemäss Art. 132 Abs. 2 ZPO als nicht erfolgt gelten (vgl. act. 77 und act. 80 [vorne Sachverhalt Ziff. 20.2 und 20.5]). Soweit der Beklagte 1 allgemein die Amtsfähigkeit von Kantonsrichter G. \_\_\_\_\_ anzweifelt und ihm ungebührliches Verhalten sowie die Verletzung von Amtspflichten vorwirft (act. 80 S. 21- 24), ist darauf vorliegend ebenfalls nicht einzutreten. Solche Vorbringen könnten allenfalls Gegenstand einer subsidiären Aufsichtsbeschwerde gemäss § 74 ff. GOG bilden.

## **E. 8**

Abschliessend ist über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden.

### **E. 8.1**

Die Klägerin und der Beklagte 1 beantragen, die Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen. Zur Begründung bringt die Klägerin im Wesentlichen vor, das Kantonsgericht habe durch seinen fehlerhaften Nichteintretensentscheid unnötige Kosten verursacht, weshalb diese gemäss Art. 108 und Art. 107 Abs. 2 ZPO vom Kanton zu tragen seien (act. 70 S. 34 ff.). Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offenbleiben. Der Klägerin und dem Beklagten 1 entsteht diesbezüglich nämlich kein Nachteil, nachdem der vorinstanzliche Entscheid – und damit auch die dort getroffene Kostenregelung – aufgehoben wird und die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren von der Beklagten 2 zu tragen sind. Diese hat in der Berufungsantwort Antrag auf kostenfällige Abweisung der Berufung gestellt und unterliegt damit im obergerichtlichen Verfahren (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_87/2022 vom 2. November 2022 E. 4.4.1 m.w.H., nicht publiziert in: BGE 149 III 12).

Seite 16/17

### **E. 8.2**

Im Berufungsverfahren beläuft sich der für die Festsetzung der Entscheidgebühr massgebende Streitwert wie schon vor Kantonsgericht auf CHF 235'776.80 (vgl. vorne E. 6.1.1). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr gerundet CHF 11'790.00 (§ 15 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 KoV OG), welche im vorliegenden Berufungsverfahren gestützt auf § 3 und § 5 Abs. 1 KoV OG auf CHF 5'000.00 zu reduzieren ist (vgl. dazu auch act. 72 S. 2).

### **E. 8.3**

Im Weiteren macht die Klägerin gegenüber der Gerichtskasse "eine Entschädigung (Aufwand/Genugtuung) für unnötige, durch einen Gerichtsfehler verursachte Aufwendungen, Gerichtseingaben, Einsprachen ... von pauschal 10'000.-" geltend (act. 70 S. 34-37; ebenfalls im Betrag von CHF 11'500.00 gemäss Ziff. 3 des Rechtsmittelbegehrens enthalten).

#### **E. 8.3.1**

Die Klägerin ist nicht anwaltlich vertreten, weshalb sie gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung hat. Als notwendige

Auslagen im Sinne dieser Bestimmung gelten beispielsweise Reisespesen, Fernmeldedienstleistungen, Versandkosten, Übersetzungskosten und notwendige Auslagen für die Beweisbeschaffung. Gemeint sind prozessual notwendige Auslagen, die spezifisch für den betreffenden Prozess anfallen. Solche Auslagen werden von der Klägerin weder im Einzelnen spezifiziert noch belegt, weshalb ihr diesbezüglich keine Entschädigung zugesprochen werden kann. Ferner bringt die Klägerin nicht vor, dass ihr durch das Berufungsverfahren ein Verdienstausschlag entstanden sei, weshalb auch unter diesem Aspekt eine Entschädigung ausser Betracht fällt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_132/2020 vom 28. April 2020 E. 4.2.1 m.w.H.). Demnach stünde der Klägerin gegenüber der Gerichtskasse selbst dann kein Anspruch zu, wenn eine "Justizpanne" vorläge, die es ausnahmsweise rechtfertigen würde, den Kanton zur Zahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten (vgl. Sutter-Somm/ Seiler, a.a.O., Art. 107 ZPO N 19 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_376/2020 vom 28. Dezember 2020 E. 7.1 m.w.H.). Folglich ist der Antrag der Klägerin abzuweisen. Dem Beklagten 1 ist sodann schon mangels eines entsprechenden Antrags keine Entschädigung zuzusprechen.

### **E. 8.3.2**

Hinsichtlich der gemachten Genugtuungsansprüche lässt sich den Ausführungen der Klägerin sodann nicht entnehmen, inwiefern sie durch das vorliegende Verfahren eine zu entschädigende immaterielle Unbill erlitten haben soll (Art. 49 OR). Abgesehen davon wären allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Kanton Zug in einem separaten Verfahren zu prüfen, weshalb auf das Begehren der Klägerin vorliegend nicht einzutreten ist. Urteilsspruch 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Kantonsgericht Zug, 1. Abteilung, vom 5. Juli 2023 aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung an das Kantonsgericht zurückgewiesen. 2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 3. Auf den Antrag des Beklagten 1, wonach bei der erneuten Entscheidung der Vorinstanz Kantonsrichter G. \_\_\_\_\_ in den Ausstand zu treten habe, wird nicht eingetreten.

Seite 17/17 4. Die Entscheidgebühren für das Berufungsverfahren von CHF 5'000.00 wird der Beklagten 2 auferlegt und mit dem von der Klägerin bezogenen Kostenvorschuss von CHF 3'300.00 verrechnet. Der Restbetrag von CHF 1'700.00 wird von der Beklagten 2 nachgefordert. Die Beklagte 2 hat der Klägerin zudem den Kostenvorschuss von CHF 3'300.00 zu ersetzen. 5. Der Klägerin und dem Beklagten 1 werden für das Berufungsverfahren keine Entschädigungen zugesprochen. 6. Gegen diesen Zwischenentscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung. 7. Mitteilung an: - Parteien - Kantonsgericht Zug, 1. Abteilung (A1 2020 50) - Gerichtskasse (im Dispositiv) Obergericht des Kantons Zug I. Zivilabteilung P. Huber F. Wiget Abteilungspräsident Gerichtsschreiberin versandt am:

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