



Fall-Nr.:	BO.2018.9
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	28.07.2020
Entscheiddatum:	28.05.2020

Entscheid Kantonsgericht, 28.05.2020

Art. 197 und Art. 198 ZPO (SR 272): Für die gleichzeitig mit der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts unmittelbar beim Gericht eingereichte Leistungsklage aus Werkvertrag betreffend die mit dem Pfand zu sichernde Forderung ist ein vorgängiger Schlichtungsversuch erforderlich. Eine anfängliche Häufung der Forderungsklage mit dem Begehren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Klage – ohne Vorliegen einer Klagebewilligung – ist de lege lata nicht möglich, auch wenn sie sich gegen dieselbe Partei richtet. Art. 63 Abs. 1 ZPO (SR 272): Vor Ergehen von BGE 141 III 481 durfte die Klägerin berechtigterweise annehmen, dass es unter den Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 ZPO zulässig sei, dem zuständigen Gericht anstatt der Originalklage ein neues Exemplar der Klage einzureichen, solange diese sich hinsichtlich des vorgebrachten Prozessstoffs und der Klagebegehren nicht von der ursprünglichen Klage unterscheidet. Ein Nichteintreten auf ihre Klage aufgrund der erst nach erfolgter Neueinreichung ergangenen Rechtsprechung wäre überspitzt formalistisch, widerspräche Treu und Glauben und erscheint umso weniger gerechtfertigt, als sich das Bundesgericht einzig aus Gründen der Praktikabilität und dem im Interesse der Rechtssicherheit stehenden Bedürfnis nach einfachen und klaren Grundsätzen dafür aussprach, es sei die beim unzuständigen Gericht eingereichte Originalklage neu einzureichen (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 28. Mai 2020, BO.2018.9). Hinweis: Das Bundesgericht wies eine gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde am 9. Februar 2021 ab, soweit es darauf eintrat (BGer 4A_368/2020).

Aus den Erwägungen:

III.



1. Prozessvoraussetzungen

Die Beklagten machen vorab – wie bereits vor Vorinstanz – in formeller Hinsicht das Fehlen von Prozessvoraussetzungen für die Hauptklage geltend. Zum einen bringen sie vor, in Bezug auf die Forderungsklage hätte mangels vorgängiger Durchführung einer Schlichtungsverhandlung nicht eingetreten werden dürfen. Zum anderen wenden sie ein, dass es die Klägerin versäumt habe, die identische Klageschrift, welche sie zunächst beim unzuständigen Kreisgericht Toggenburg eingereicht hatte, der Vorinstanz neu einzureichen. Die Voraussetzungen für eine Wahrung der ursprünglichen Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 63 Abs. 1 ZPO seien daher nicht erfüllt, weshalb infolge Versäumnis der gerichtlich angesetzten Klagefrist (auch) auf die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht einzutreten sei. In diesem Zusammenhang ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sowohl hinsichtlich der Forderungsklage als auch der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu Recht bejahte. Im Berufungsverfahren (zu Recht) unangefochten geblieben ist der angefochtene Entscheid dagegen insoweit, als die Vorinstanz für den Beginn der Monatsfrist gemäss Art. 63 Abs. 1 ZPO auf den Zeitpunkt der Zustellung des Berufungsentscheids vom 20. März 2013 – und nicht auf denjenigen des Nichteintretensentscheids des unzuständigen Kreisgerichts Toggenburg vom 25. Oktober 2012 – abstellte, weshalb sich an dieser Stelle weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

a) Schlichtungsverfahren für Leistungsklage

aa) Gemäss Art. 197 ZPO gilt der Grundsatz, dass dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voranzugehen hat. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ist grundsätzlich obligatorisch und stellt eine Prozessvoraussetzung dar, sofern keine Ausnahme i.S.v. Art. 198 ZPO vorliegt oder die Parteien nicht in Anwendung von Art. 199 ZPO gemeinsam auf das



Schlichtungsverfahren verzichtet haben (BSK ZPO-Infanger, 3. Aufl., Art. 197/198 N 1; Egli, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 197 N 4 f.). Im vorliegenden Fall klagte die Klägerin – im Sinne einer objektiven Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) – einerseits auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Beklagten für die Pfandsumme von Fr. 126'407.00 nebst Zins und andererseits auf Bezahlung der restlichen Werklohnforderung in gleicher Höhe. Für die Eintragungsklage entfällt das Schlichtungsverfahren aufgrund von Art. 198 lit. h ZPO, da der Klägerin eine gerichtliche Frist zur Klageanhebung gesetzt worden war (Art. 961 Abs. 3 ZGB, Art. 263 ZPO). Demgegenüber ist nach dem Grundsatz von Art. 197 ZPO für die Leistungsklage aus Werkvertrag betreffend die mit dem Pfand zu sichernde Forderung ein Schlichtungsverfahren notwendig. Ein Schlichtungsverfahren fand hier indessen unbestrittenermassen nicht statt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob von der Durchführung einer Schlichtung für die Forderungsklage abgesehen werden kann, wenn diese zusammen mit der nicht schlichtungsbedürftigen Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eingeleitet wird. Die Vorinstanz bejahte dies und kam dementsprechend zum Schluss, vorliegend habe keine Notwendigkeit bestanden, vor dem Einklagen der mit der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verbundenen Werklohnforderung ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, womit es auch nicht an einer Prozessvoraussetzung fehle und vorbehältlich der Erfüllung der übrigen Prozessvoraussetzungen auf die Forderungsklage einzutreten sei. Zur Begründung stützte sie sich massgeblich auf einen Entscheid des Obergerichts Bern, wonach es für das Einklagen einer Forderung, welche dem Pfandrecht zugrunde liegt, keiner vorgängigen Schlichtung bedürfe, soweit die Forderung gemeinsam mit der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend gemacht werde und sich gegen dieselbe Partei richte; in diesem Fall sei die Forderungsklage von der Ausnahme von Art. 198 lit. h ZPO mitumfasst (OGer BE 25. Juni 2015, ZK 15 153). Dem halten die Beklagten insbesondere unter Verweis auf die gegenteilige Praxis der Zürcher Gerichte entgegen, der Ausnahmekatalog in Art. 198 ZPO sei abschliessend und für eine Auslegung in dem Sinne, dass bei objektiver Klagenhäufung ein Schlichtungsverfahren bezüglich sämtlicher Ansprüche entfalle, lasse der Gesetzestext keinen Raum (vgl. OGer ZH 17. September 2014, LB130063, in: ZR 113/2014, Nr. 80; die gegen diesen Entscheid geführte Beschwerde wurde entgegen den Ausführungen



der Beklagten vom Bundesgericht nicht abgewiesen, sondern es trat darauf wegen offensichtlich ungenügender Begründung nicht ein [s. BGer 5A_812/2014]).

bb) Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Forderungsklage aus Werkvertrag mit der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kumuliert werden kann, ohne vorgängig das Schlichtungsverfahren zu durchlaufen, wird – wie soeben gezeigt – in der kantonalen Praxis unterschiedlich beurteilt (s. hierzu auch KGer VD 27. März 2013, CACI 2013/180, in: JdT 2013 III S. 99 ff.; KGer NE 19. März 2015, CACIV.2014.107, in: RJN 2015 S. 163 ff.). Höchststrichterlich ist die Frage bislang (soweit ersichtlich) noch nicht geklärt worden. Das Bundesgericht hat jedoch entschieden, dass es unzulässig sei, gleichzeitig mit einer Aberkennungsklage – bei welcher das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 1 ZPO entfällt – eine Forderungsklage unmittelbar beim Gericht einzureichen, da für Letztere die Schlichtung obligatorisch bleibe. Dabei hielt es insbesondere fest, die Liste der Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren nach Art. 198 ZPO sei abschliessend. Die Klagenhäufung zähle nicht dazu (BGer 4A_176/2019 E. 4.3; BGer 4A_262/2018; BGer 4A_413/2012 E. 5 f. m.H.). Ausgehend davon muss aber auch für die hier vorliegende Fallkonstellation gelten, dass bezüglich der Leistungsklage eine Schlichtung grundsätzlich zwingend vorausgesetzt und entsprechend eine anfängliche Klagenhäufung mit dem Begehren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Klage – ohne Vorliegen einer Klagebewilligung – nicht möglich ist. Zwar trifft es zu, dass es aus Sicht der Prozessökonomie vorteilhaft ist, im gleichen Verfahren sowohl über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts als auch über die dem Pfandrecht zugrundeliegende Forderung zu entscheiden, wenn beide Klagen sich gegen dieselbe beklagte Partei richten. Eine gesamthafte Beurteilung lässt sich indessen auch dadurch erreichen, dass (1) das Schlichtungsverfahren für die Leistungsklage vor bzw. gleichzeitig mit der provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eingeleitet wird und nach erfolglosem Schlichtungsversuch die Forderungsklage gemeinsam mit der definitiven Eintragungsklage – innert der dafür gerichtlich angesetzten Frist – beim Gericht angehoben wird oder (2) das Verfahren betreffend Werklohnforderung nach Durchführung der Schlichtung mit dem für diese Dauer sistierten (Art. 126 Abs. 1 ZPO) Verfahren betreffend definitive Pfandrechtseintragung



vereinigt (Art. 125 lit. c ZPO) bzw. allenfalls (wenn verschiedene Gerichte angerufen wurden) die spätere Klage i.S.v. Art. 127 ZPO überwiesen wird. Hingegen lässt de lege lata der klare Gesetzeswortlaut die Annahme, die Forderungsklage sei (implizit) im Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. h ZPO enthalten, nicht zu (s. Schrank, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2015, N 92 ff.; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 220 N 4b; Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, 2012, S. 94 f.; vgl. aber die vorgeschlagene Ausnahme in der Botschaft zur Änderung der ZPO, BBl 2020 S. 58 f. und S. 94). Eine solche Auslegung steht – wie dargelegt – zudem im Widerspruch zur vorgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in vergleichbarer Fallkonstellation (BGer 4A_176/2019 E. 4.3; BGer 4A_262/2018; BGer 4A_413/2012 E. 5 f.). Daran vermag grundsätzlich nichts zu ändern, dass die Werklohnforderung allenfalls im Rahmen einer (nachträglichen) Klageänderung i.S.v. Art. 227 ZPO hätte geltend gemacht werden können, womit das Schlichtungsverfahren diesbezüglich dennoch entfallen wäre.

cc) Die Klägerin macht für den Fall, dass hinsichtlich der Forderungsklage eine Ausnahme vom Schlichtungsverfahren verneint werden sollte, im Eventualstandpunkt geltend, nach Art. 199 Abs. 1 ZPO könnten die Parteien bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100'000.00 gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten. Die Voraussetzungen eines gemeinsamen Verzichts seien vorliegend erfüllt, da sich die Gegenpartei vorbehaltlos auf die eingereichte Klage eingelassen habe. Was dies anbelangt, kann der Klägerin nicht gefolgt werden. Zwar soll gemäss Botschaft zur ZPO und einem Teil der Lehre der gemeinsame Verzicht auf die Schlichtungsverhandlung i.S.v. Art. 199 Abs. 1 ZPO auch konkludent erfolgen können, indem sich die beklagte Partei der direkten Klageeinreichung nicht widersetzt. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO, wonach mit der Klage gegebenenfalls die Klagebewilligung oder die allfällige Erklärung, dass auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werde, einzureichen ist, für einen konkludenten Verzicht auf das Schlichtungsverfahren durch blosser Einlassung keinen Raum lässt (GVP 2016 Nr. 40 m.w.H.). Da vorliegend das Bestehen einer (ausdrücklichen) beidseitigen Verzichtserklärung von der Klägerin weder in der



Klageschrift noch in ihrer Stellungnahme im schriftlichen Schlussvortrag zu den beklagischen Nichteintretensanträgen in der Eingabe vom 23. Januar 2017 geltend gemacht wurde, fällt ein Absehen vom Schlichtungsverfahren gestützt auf Art. 199 Abs. 1 ZPO somit ausser Betracht.

dd) Insgesamt ist damit festzuhalten, dass für die gleichzeitig mit der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts unmittelbar beim Gericht eingereichte Forderungsklage ein vorgängiger Schlichtungsversuch erforderlich gewesen wäre. Da kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, fehlt es diesbezüglich folglich an einer Prozessvoraussetzung. Auf die Leistungsklage kann somit nicht eingetreten werden.

b) Neueinreichung der Klage beim zuständigen Gericht

aa) Die Beklagten beanstanden weiter, die Vorinstanz sei im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 ZPO zu Unrecht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen, indem sie es habe genügen lassen, dass die von der Klägerin am 17. April 2013 neu eingereichte Klage mit der ursprünglich beim unzuständigen Kreisgericht Toggenburg eingereichten Klage inhaltlich identisch sei. Gemäss dem Leitentscheid BGE 141 III 481 müsse die ursprüngliche Rechtsschrift im Original (und mit Eingangsstempel) innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht neu eingereicht werden, andernfalls eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit nach Art. 63 ZPO nicht möglich sei.

bb) Wird eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung (Art. 63 Abs. 1 ZPO).



cc) Im erwähnten BGE 141 III 481 vom 14. Oktober 2015 entschied das Bundesgericht – welches sich bis dahin zu dieser in der Literatur uneinheitlich beantworteten Frage noch nicht geäussert hatte – in Auslegung von Art. 63 Abs. 1 ZPO, dass die identische Eingabe beim für zuständig erachteten Gericht neu einzureichen sei. Es erwog, Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 1 ZPO lägen darin, die als unbillig empfundene Konsequenz zu vermeiden, dass eine unrichtige Klageeinleitung und der daraufhin ergehende Nichteintretensentscheid oder der Klagerückzug angebrachtermassen zu einem Rechtsverlust des Ansprechers führten, weil damit die mit der ursprünglichen Klageanhebung eingetretene Rechtshängigkeit wieder entfalle und dadurch Klage- oder Verjährungsfristen nicht mehr gewahrt seien. Dem Kläger darüber hinaus Gelegenheit zu geben, seine Eingabe im Hinblick auf die Neueinreichung zu verändern bzw. zu verbessern, liege ausserhalb der Zweckbestimmung von Art. 63 ZPO. Mit Bezug darauf, wie bei der Neueinreichung konkret vorzugehen ist, kam das Bundesgericht zum Schluss, um der Praktikabilität willen sei zu verlangen, dass der Ansprecher die gleiche Rechtsschrift, die er ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht eingegeben habe, im Original bei der von ihm für zuständig gehaltenen Behörde neu einreiche. Zu diesem Zweck habe ihm die ursprünglich angerufene, unzuständige Behörde auf sein Verlangen hin die mit ihrem Eingangsstempel versehene Originaleingabe zurückzusenden. Dem Ansprecher stehe es darüber hinaus frei, der neu eingereichten Eingabe ein erklärendes Begleitschreiben beizufügen, das namentlich Ausführungen darüber enthalten könne, dass zunächst eine unzuständige Behörde angerufen worden sei und nun eine Neueinreichung der Eingabe bei der für zuständig erachteten Instanz erfolge (BGE 141 III 481 E. 3.2.4).

dd) Vor dem Hintergrund, dass die in BGE 141 III 481 begründete Rechtsprechung zum Zeitpunkt der neuerlichen Klageeinreichung durch die Klägerin am 17. April 2013 noch nicht ergangen war, stellt sich vorliegend die Frage, ob es der Klägerin nachträglich zur Last gelegt werden kann, nicht die identische Klage im Original bei der Vorinstanz neu eingereicht zu haben. Dies ist – im Ergebnis übereinstimmend mit der



Vorinstanz – zu verneinen. Wie zunächst bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, verlangt der Wortlaut von Art. 63 Abs. 1 ZPO – entgegen der wiederholt vorgebrachten Behauptung der Beklagten – nicht ausdrücklich danach, dass die (exakt) gleiche Eingabe beim zuständigen Gericht eingereicht werden müsse (s. ebenfalls BGE 141 III 481 E. 3.2.4). Auch die Lehre war in diesem Punkt nicht einheitlicher Meinung (vgl. BGE 141 III 481 E. 3.2.2). Angesichts des Sinns und Zwecks von Art. 63 Abs. 1 ZPO ergibt sich allerdings, dass die Bestimmung nicht dazu dienen soll, der klagenden Partei zusätzliche Gelegenheit zur Ergänzung oder Verbesserung der Eingabe einzuräumen. Ausgehend davon durfte die Klägerin somit berechtigterweise annehmen, dass es unter den Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 ZPO zulässig sei, dem zuständigen Gericht anstatt der Originalklage ein neues Exemplar der Klage einzureichen, solange diese sich – was hier stets unstrittig war – hinsichtlich des vorgebrachten Prozessstoffs und der Klagebegehren nicht von der ursprünglichen Klage unterscheidet. Denn mit der inhaltlichen Übereinstimmung der beiden Klageschriften ist bereits gewährleistet, dass die klagende Partei nicht über den Zweck von Art. 63 Abs. 1 ZPO hinaus bevorteilt wird. Ein Nichteintreten auf die Klage vom 17. April 2013 aufgrund der erst nach erfolgter Neueinreichung ergangenen Rechtsprechung wäre aus diesen Gründen überspitzt formalistisch, widerspräche Treu und Glauben und erscheint umso weniger gerechtfertigt, als sich das Bundesgericht einzig aus Gründen der Praktikabilität und dem im Interesse der Rechtssicherheit stehenden Bedürfnis nach einfachen und klaren Grundsätzen dafür aussprach, es sei die beim unzuständigen Gericht eingereichte Originalklage neu einzureichen. Der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde vorliegend dadurch Rechnung getragen, dass die Klägerin das Original der ursprünglich beim Kreisgericht Toggenburg eingereichten, lediglich 9 Seiten umfassenden Klage vom 9. März 2012 aufforderungsgemäss nachreichte. Im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen stellte die Vorinstanz fest, dass sich die (ebenfalls lediglich 9-seitige) Klage vom 17. April 2013 lediglich hinsichtlich der Adresse, des Datums sowie der Ziffer II/1 betreffend den Hinweis auf die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz von der Originalklage unterscheidet, bezüglich der Rechtsbegehren, der vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und der gestellten Beweisanträge es aber keine Unterschiede gebe. Diese ohne nennenswerten Aufwand mögliche Feststellung wurde (auch) im Berufungsverfahren nicht bestritten. Die Anwendbarkeit von Art. 63 Abs. 1 ZPO ist folglich zu bejahen, womit die der Klägerin



angesetzte dreimonatige Klagefrist unter Wahrung der ursprünglichen Rechtshängigkeit eingehalten wurde (vgl. auch BGE 145 III 428 E. 3 und [nicht publizierte] E. 4). Hinsichtlich der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind die Prozessvoraussetzungen somit erfüllt; auf diese Klage trat die Vorinstanz zu Recht ein.

2. Zwischenfazit / Umfang der vorzunehmenden Prüfung

Nachdem auf die Forderungsklage der Klägerin nicht einzutreten ist, bleibt im Rahmen der zu beurteilenden Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts lediglich – aber immerhin – die Pfandsumme, mit bzw. bis zu welcher das Grundstück haftet (Art. 794 ZGB), zu bestimmen. Zwecks Festlegung der Pfandsumme ist dabei die Höhe und damit auch das Vorliegen einer dieser zugrundeliegenden offenen Werklohnforderung zumindest vorfrageweise zu prüfen (vgl. BGer 5A_77/2018 E. 1.2.2; BGE 138 III 132 E. 4.2.2). Zudem ist die Höhe der offenen Werklohnforderung auch zur Beurteilung der Widerklage massgeblich, da die Beklagten u.a. geltend machen, die – unbestrittenermassen – bereits geleisteten Akontozahlungen überstiegen die geschuldete (Gesamt)Werklohnforderung, und gestützt darauf den Differenzbetrag von der Klägerin zurückverlangen. Insofern ändert das Nichteintreten auf die Leistungsklage grundsätzlich nichts am Umfang der in materieller Hinsicht vorzunehmenden Prüfung.